جامعة مؤتة

كلية الدراسات العليا

المسؤولية الجنائية المترتبة على الاخلال بعقود الاستشارات في الفقه الاسلامي

إعداد الطالب

شرف الدين ياسين محمد الشمايلة

إشراف

الأستاذ الدكتور خالد علي سليمان بني أحمد

رسالة مقدمـة إلـى عمـادة الدراسـات العليـا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير فـي الفقـه، قـسم أصـول الفقـه

جامعة مؤتة، 2015

المسؤولية الجنائية المترتبة على الاخلال بعقود الاستشارات في الفقه الاسلامي

شرف الدين الشمايلة

2015

الإهداء

أهدي هذا الإنجاز أول ما اهديه لمعلمنا الأول و لسيد البشرية وسيد الكونين رسولي الكريم عليه الصلاة والسلام

إلى من كلل العرق جبينه.. وشققت الأيام يديه وعلمني أن الأعمال الكبيرة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار إلى والدي أطال الله بقاءه، ومتعني ببره ورد جميله.

إلى من تُعلم العطاء كيف يكون العطاء وتُعلم الوفاء كيف يكون الوفاء إلى أمي الغالية أطال الله بعمرها

إلى من تعلمت على يدهم الحرف والكلمة وعلموني كيف يكون للعلم قدراً أساتذتي في مدرستي وجامعتي.

إلى من تربينا سوياً وتعلمنا كيف نكون يداً بيد حتى أخر العمر إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله

إلى رفيقة دربي اليوم وغداً بإذن الله زوجتي الغالية

إلى قرتي عيني طفلي المنتظر

أهدي ثمرة جهدي المتواضع في هذا البحث

الشكر والتقدير

﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾ [1] **صدق الله العظيم**

أقدم خالص شكري وامتناني لله العظيم الذي كنت أشعر بمعيته معي بكل خطوة أخطوها في رسالتي هذه فله الحمد وله الشكر .

ثم أقدم شكري لمشرفي الأستاذ الدكتور خالد بني أحمد على جهوده الحثيثه والمتواصلة معي، الذي رعاني طالباً مذ كان الموضوع عنوانا وفكرة إلى أن صار رسالة وبحثا. فله مني الشكر كله والتقدير والعرفان. في انجاز رسالتي هذه.

كما وأشكر لجنة المناقشة الكريمة واتقدم لهم بجزيل الشكر والعرفان كل من، الدكتور محمد خاف بني سلامه، والدكتور عبدالله الفواز، والدكتور علي الزقيلي، وذلك لتفضلهم علي بقبول مناقشة الرسالة و تصحيح ما أخطأتُ فيها، فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها وتهذيب نتوآتها والإبانة عن مواطن القصور فيها، سائلا الله الكريم أن يثيبهم عني خيرا.

أقدم شكري لعائلتي الحبيبه لما قدموه لي من الدعم بكل أشكاله وأمسكو بيدي حتى انهيت رسالتي المتواضعه.

شكرا لكم جميعاً من القلب

---
[1] سورة هود، آيه (88).

فهرس المحتويات

الملخص

المسؤولية الجنائية المترتبة على الاخلال بعقود الاستشارات في الفقه الاسلامي

شرف الدين ياسين محمد الشمايلة

جامعة مؤتة،2015

تناولت الدراسة المسؤولية الجنائية المترتبة على الإخلال بعقود الإستشارات وجاءت بإربعة فصول وخاتمة.

وأول ما بدأت به الدراسة توضيح المسؤولية الجنائية من حيث مفهومها، وأسبابها، وشروطها، وحكمها، كما بينت أساس وشخصية المسؤولية الجنائية، وكا لا بُد من الإشارة إلى الأسباب الموجبة للمسؤولية الجنائية المترتبة على الإخلال بعقود الإستشارة.

ولتوضيح ما يترتب على المسؤولية الجنائية لعقود الإستشارة، كان لا بد من التطرق إلى العقوبات المقررة شرعاً في حال ثبتت مسؤولية جنائية بسبب الإخلال بعقود الإستشارة و اقتصرت الدراسة على توضيح المسؤولية الجنائية دون التطرق غلى المسؤولية المدنية في حال الإخلا بعقود الإستشارة، وجاء في الفصل الثالث توضيح لعقود الإستشارة من حيث مشروعيتها واحكامها، والتكييف الفقهي لهذه العقود.

ولكون عقود الإستشارات دخلت في شتى مجالات الحياة منها الهندسية والطبية والعسكرية وغيرها، كان لا بد من الإشارة إليها بهذه المجالات كتطبيقات وأمثلة توضيحية على المسؤولية الجنائية المترتبة على الإخلال بعقود الاستشارة وجاء ذلك في فصلها الرابع على سبيل المثال لا الحصر، وانتهت الدراسة بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات.

Abstract

Criminal liability for breach of contract consulting in Islamic jurisprudence

Sharaf al-Din Muhammad Yasin Shamayleh

Mutah University , 2015

This study dealt with criminal liability over breaching the consulting contracts It came in to four chapters and a conclusion.

This study was limited in explaining the criminal liability over breaching the consulting contracts without talking a bout the civil liability. The study pointed out the legal punishements over criminal liability Also, it searched in the adaptation of Islamic juris prudence for the consulting contracts and their general rules.

Since the consulting contracts are in every aspect of our daily life , it is necessary to point to some applications of criminal liability over consulting contracts as examples to clarify the criminal liability on the consulting contracts.

الفصل الأول

الإطار النظري وأدبيات الدراسة

المقدمة

الحمد لله المحمود بنعمته المعبود بقدرته، المطاع سلطانه، النافذ أمره في أرضه وسماءه، خلق الخلق بقدرته وميزهم بأحكامه وأعزهم بدينه وأكرمهم بنبيهم محمد صلى الله عليه وسلم .

فإنه لا بد لنا من أن نرجع في كل أمر يعنينا أن كان في ديننا أو دنيانا إلى القرآن العظيم والكتاب المبين وإن مما يتعلق بأمور حياتنا كيفية التعامل بين الخلق في موضوع أرزاقهم وأعمالهم وما هم بحاجة إليه لإعمار هذه الدنيا ضمن منهج صحيح وقانون سليم لا عوج فيه، بما يحفظ هذه الحقوق ويحقق العدل، والشورى هي إحدى مناهج الدين الإسلامي التي تسهل كثير من امور ونواحي العلاقات البشرية التي تقوم على العقود، لذلك تقع الاستشارة ضمن هذه الدراسة لما لها من اهمية بتحصين الشخص من الوقوع بالخطأ والزلل بالاستشارة.

أهمية الدراسة:

تنبع أهمية دراسة موضوع- المسؤولية الجنائية المترتبة على عقود الاستشارات في الفقه الإسلامي- من التطور الكبير الحاصل في مناحي الحياة وكافة المجالات: الشرعية الطبية، والهندسية، والإقتصادية، والإجتماعية، والسياسية. وتعاظم الحاجة إلى عقود الإستشارات.

ومن هنا كانت الحاجة الى ضرورة توضيح المسؤولية الجنائية التى تترتب في حال الإخلال بعقود الاستشارة في المجالات سابقة الذكر ، وقد يكون في ذلك مايساهم في حفظ وتوضيح لحقوق كلا الطرفين.

كما تبرز أهمية الدراسة في كونها تتناول الجانب الشرعي والقانوني في موضوع المسؤولية الجنائية المترتبة على عقود الاستشارات، وقد تُغطي هذه الدراسة جانباً في المكتبة الإسلامية، وقد تُعين الباحثين الشرعيين والقانونيين في معرفة هذا الجانب من الفقه الإسلامي.

أما مبررات الدراسة لهذا الموضوع فيتلخص في نقص و ندرة الكتب التي تتحدث بخصوص هذا الموضوع برغم الحاجة إليه في الحياة العملية، فقد تُسهم هذه الدراسة في تغطية جانب من هذا النقص وإغناء المكتبة الإسلامية بمؤلف في هذا الموضوع.

مشكلة الدراسة

جاءت هذه الدراسة للإجابة عن الإسئلة الآتية:

1- ما حقيقة وماهية عقود الاستشارات؟ وما هي أنواعها؟

2- ما حقيقة وماهية المسؤولية الجنائية؟

3- ما حقيقة التكييف الفقهي والقانوني لعقود الاستشارات؟ وما التأصيل الشرعي لها؟

4- ما مدى المسؤولية الجنائية المترتبة على عقود الاستشارات؟ وما الحالات التي يكون فيها المستشار مسؤولاً عن مشورته جنائيا ومدنياً؟

منهجية الدراسة:

اعتمدت الدراسة منهجاً مركباً من، المنهج الوصفي والتحليلي القائم على الاستقراء والتحليل والمقارنة، واعتمدت الدراسة على إستقراء موضوعات الدراسة من مظامنها الأصلية مع تحليلها وبيان أحكامها وأدلتها وتحليلها وصولاً إلى الراجح فيها.

وقد راعى الباحث خطوات وشروط البحث العلمي المعتمدة في جامعة مؤته.

الدراسات السابقة:

جاءت دراسات غير كافية لهذا الموضوع، ومما وجدت مايلي:

1- عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني للدكتور خالد علي سليمان بني أحمد، وهو بحث محكم، وتناول فيه الباحث الاستشارات من حيث مفهومها، وأدلة مشروعيتها من القرآن الكريم ومن السنة النبوية ومن المعقول، وحكمها، وذكر أبرز أنواعها، كالاستشارات السياسية والقضائية والفقهية والهندسية والطبية والاقتصادية، ،وتناول فيها بعض الأحكام الشرعية المترتبة على عقد الاستشارة وكان من أبرز ما توصل إليه الباحث من خلال دراسته أنه اعتبر عقود الاستشارات من قبيل عقود

الإجارة(عقود الوكالة بأجر)، وبالتالي تنطبق عليها شروط عقد الإجارة وأحكامه، فقد تطرق لموضوع التكييف الفقهي والقانوني لعقود الاستشارات.

2- عقود الاستشارات، ماهيتها، وانواعها واحكامها في الفقه الإسلامي- محمد بن ثوعار المهري، بإشراف الدكتور أحمد عبدالله العوضي، وهدفت الدراسة إلى معالجة نوعاً من العقود المستجدة وبيان حكمها ليكون المسلمون على بينة من حقيقتها وحكمها الشرعي، وتضمنت الدراسة اهم صور الاستشارات ومصادرها وتكيفها الفقهي.

3- واقع الاستشارات الإدارية والعوامل المؤثرة عليها في الشركات المساهمة العامة الأردنية – دراسة ميدانية – فيصل نايف الماضي، فالدراسة تضمنت مفهوم وطبيعة العمل الاستشاري، والتعريف بالاستشارة الإدارية، ونلاحظ أن الباحث لم يتطرق إلى الموضوع من الناحية الشرعية وإنما اقتصر فيه على الجوانب الإدارية، ومجال الاستشارات .

4- الاستشارات الإدارية وأثرها على اتخاذ القرار وحل المشكلات - دراسة ميدانية في شركات الأسمنت والفوسفات والبوتاس في الأردن – محمد سلامة عواد، بإشراف الدكتور (خالد الزعبي2005 م)، وهدفت الدراسة إلى معرفة العوامل المؤثرة في طلب الاستشارات الإدارية وتناول الباحث في هذه الدراسة موضوع الاستشارة في القرار الإداري، بينما لم يتناول الباحث الجانب الشرعي وحصر الدراسة من الناحية الإدارية فقط.

5- الاستشارة كإجراء شكلي في القرار الإداري :دراسة ميدانية) في النظام القانوني الأردني والمصري (عبد الرحمن عبد الكريم الهلالات، بإشراف الأستاذ الدكتور خالد الزبيدي).وتناول الباحث في هذه الدراسة موضوع الاستشارة في القرار الإداري، وأهميتها والأثر المترتب عليها في سلامة القرار الإداري.

6- المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، هاشم علي شهوان، ماجستير في القانون المدني، أصل هذا الكتاب رسالة ماجستير، بإشراف الأستاذة الدكتورة سهير منتصر، في جامعة الزقازيق -مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009 هـ1430م، تحدث الباحث في هذا الكتاب عن تعريف عقد الاستشارات

الهندسية، وبيان خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود، والتكييف القانوني لهذا العقد، وعن التزامات المهندس الاستشاري، وعن المسؤولية العقدية والتقصيرية للمهندس الاستشاري وكذلك من حيث نطاق هذه المسؤولية وطبيعتها القانونية، كالقوة القاهرة وخطأ العميل وخطأ الغير .

وعند البحث في المكتبة العربية وجدت أن هناك الكثير من الدراسات التي تناولت الاستشارة بالبحث والتحليل من النواحي الإدارية والقانونية والاقتصادية والفنية البحتة، ولكن لم يحظ الجانب الفقهي بذلك الاهتمام، إذ لم تزل المؤلفات المتخصصة التي تبحث عقود الاستشارات من الناحية الفقهية نادرة؛ لذلك كان لابد لنا من التصدي لهذا الموضوع وبحثه بحثا تفصيليا.

خطة البحث:

وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة واربعة فصول وخاتمة.

الفصل الأول: الإطار النظري وأدبيات الدراسة.

وتناولت فيه المقدمة: وتكلمت فيها عن أهمية الدراسة، و مشكلة الدراسة، ومبرراتها وسبب اختيار الموضوع والدراسات السابقة ذات الصلة بها، وعرضت الدراسات السابقة ومنهجي في البحث.

الفصل الثاني :المسؤولية الجنائية مفهومها واسبابها وشروطها وحكمها

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الجنائية لغةً واصطلاحاً.

المطلب الأول : مفهوم المسؤولية لغةً واصطلاحاً.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية لغةً

الفرع الثاني: مفهوم المسؤلية اصطلاحاً.

المطلب الثاني: مفهوم الجنائية لغةً و اصطلاحاً.

المطلب الثالث: مفهوم المسؤولية الجنائية.

المبحث الثاني: أساس ومحل وشخصية المسؤولية الجنائية..

المطلب الأول: أساس المسؤولية الجنائية.

المطلب الثاني: محل المسؤولية الجنائية.

المطلب الثالث: شخصية المسؤولية الجنائية.

الفرع السادس: الاستشارات القانونية

الفرع السابع: الاستشارات الاقتصادية

الفرع الثامن: الاستشارت الاجتماعية

المبحث الثالث: حكم عقود الاستشارات وتكيفها الفقهي وآثارها الشرعية.

المطلب الأول: حكم عقود الإستشارة وتكيفها الفقهي.

الفرع الاول: حكم عقود الاستشارات.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقود الاستشارات.

المطلب الثاني: الاحكام الشرعية المترتبة على عقود الاستشاره.

الفصل الرابع: تطبيقات على المسؤولية الجنائية المترتبة على عقود الاستشارات.

أما الخاتمة فأثبت فيها التوصيات وأهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة.

والحمد لله رب العالمين

الفصل الثاني

المسؤولية الجنائية مفهومها وأسبابها وشروطها وحكمها

المسؤولية والأمانة هي أهم الخصائص التي ميز الله عزوجل بها الإنسان عن غيره من المخلوقات، ومنحه عقلاً يدرك ويميز به الخبيث من الطيب، والخير من الشر والقبح من الفساد، والعدل من الظلم وغيرها من متطلبات الحياة البشرية التي تتطلب التميز والإدراك وتحمل المسؤولية، قال تعالى ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾[1].

ووجه الاستدلال من الآية حسب ما جاء في تفسير عبد العزيز بن عبدالله بن باز تفسر بأمرين: أحدهما فرائض الله وحقوق الله من صلاة, وصوم، وجهاد, ونحو ذلك، فيقال له: أمانة, وكذلك التكليف بما حرم الله على عباده أن يمتنع الإنسان أمانةً، أو إمتناع الانسان عن فعل محرم بدون وجود رقابةٍ من إنسان أو غير ذلك واستحضار رقابة الخالق أداء للأمانة، والأمر الثاني: حاجات الناس وحقوق الناس ومنها الودائع, والرهون ويقال لها أمانة أيضاً، ذلك أن الله عزوجل عرض على السماوات والأرض والجبال أن يتحملوا هذه الأمانة فخافت من ذلك, وأشفقت من ذلك وحملها المكلفون من بني آدم, فالواجب على بني آدم المكلفين أن يعتنوا بهذه الأمانة, وأن يتقوا الله فيها فيؤدوا فرائض الله كما شرع, ويجتنبوا محارم الله تعظيماً وخوفاً منه -سبحانه وتعالى-, ويؤدوا حق العباد من ديون, ورهون وعواري, وودائع، و أن يؤدوا الحق الذي عليهم وأن يحذروا غضب الله- سبحانه وتعالى- فإن الخيانة, والتقصير المتعمد يوجب غضب الله, فالواجب أداء الفريضة كما شرع الله, وترك المحارم كما شرع الله, وأداء حقوق العباد وعدم بخسها من وديعة, أو رهن, أو غير ذلك . والمسؤولية التي تشمل علاقة الإنسان بربه وبنفسه وبغيره من الناس، من حيث الالتزام بواجباتهم وحقوقهم المكلف بها تسمى بالمسؤولية الأدبية أو الأخلاقية، وفي مقابلها المسؤولية القانونية، وهي التي تربط وتنظم علاقة الانسان

---

[1] سورة الأحزاب، آيه (72).

بغيره من الناس فقط، ومصدر التزاماتها القانون، وهي تنقسم إلى نوعين: المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية[(1)].

والنوع الأول من المسؤولية هو موضوع الدراسة، المسؤولية الجنائية

وفي هذه الدراسة تناول الباحث النوع الأول من القانونية وهي المسؤولية الجنائية والتي تدخل في شتى مجالات الحياة الشرعية والقانونية والطبية والهندسية والسياسية والاجتماعية وغيرها من مجالات الحياة اليومية.

1.2 مفهوم المسؤولية الجنائية لغةً واصطلاحاً.

1.1.2 مفهوم المسؤولية لغةَ واصطلاحاً.

مفهوم المسؤولية لغةَ

المسؤولية لغةً: اسم مفعول منسوب إليه مأخوذ من سأل يسأل سؤالاً، واسم الفاعـل من سأل: سائل، وهم سائلون. واسم المفعول: مسؤولون، وفعل الامر من سأل: اسأل وسل[(2)].

ويأتي لفظ سأل لعدة معان، منها:

-الاستخبار وطلب المعرفة: تقول: سأله بكذا أو عن كذا.

-المحاسبة: تقول: سأله عن كذا أي: حاسبه عليه وآخذه.

-الطلب: تقول سأله الشيء، أي طلبه منه، وسأله الوعد أي: طلب وفاءه وإنجازه.

-الاستعطاء: تقول سأله، أي: طلب معروفه وإحسانه[(3)].

[(1)]البواشيري، محمد، المسؤولية المدنية، ط2، اشرف تاسيلا اكادير، 2008م، ص26.

[(2)]انظر ابن منظور، جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، 1414هـ، ط3،ج11، ص318-319، دار صادر، بيروت، لبنان الزبيـدي، محمـد مرتـضى، تـاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية ، ج29، ص157-159.

[(3)]الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني ،تاج العروس من جواهر القاموس، بـاب الـلام، فـصل السين،جـ7، ص 365-366. الأزهري ، النقد اللغوي في تهذيب اللغـة ، ج 3، ص67، معجم ألفاظ القرآن الكريم. مجمع اللغة العربية ص334.

المسؤولية اصطلاحاً

فلم يستعمل فيما اطلعت عليه فقهاء الشريعة كلمة (المسؤولية) وانما تكلموا عن أهلية الشخص لتوقيع العقوبة عليه، وعن الشروط اللازمة لإسناد الفعل المكون للجريمـة إليه، وعن تحمل التبعة. ولكن وردت تعاريف عدة في بعض الكتب منها[(1)]:

- المسؤولية "أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختـاراً وهـو مدرك لمعانيها ونتائجها"[(2)].

- وقيل المسؤولية هي: "كون الشخص مطالباً بتبعات تصرفاته غير المشروعة"[(3)].

- وعرف مجد الشافعي: المسؤولية بمعناها العام الشامل بأنها: "الاستعداد الفطـري الذي جبل الله سبحانه وتعالى عليه الانسان ليصلح للقيام برعاية ما كلفه به من أمور تتعلق بدينه ودنياه، فإن وفى ما عليه من الرعاية حصل له الثواب، وإن كان غيـر ذلك حصل له العقاب"[(4)].

- وعرفها بعض المعاصرون بعدة تعريفات منها:

التعريف الأول:" تحمل التزام، أو عقوبة معينة، نتيجة فعل أو تصرف يرتب عليـه الشارع آثار معينة"[(5)].

[(1)]الكبيسي، سامي جميل،رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الاباحة، ط1، دار الكتـب العلميـة، بيروت-لبنان، 1426هـ/2005، ص16.

[(2)]الأصفهاني، راغب، المفردات في غريب القرآن ، ط1، دار المعرفة، بيروت –لبنـان، ص 250.

[(3)]عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقـانون الوضـعي. ط6، 1405هـ - 1985م ،مؤسسة الرسالة - بيروت392/1.

[(4)]الشافعي، د.محمد ابراهيم، المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم. مطبعـة الـسنة المحمديـة 1982، ص38.

[(5)]) فوزي، شريف فوزي محمد، مبادئ التشريع الجنائي،.ط1، دار الفكـر، بيـروت/لبنـان، ص71. الرفاعي، مأمون وجيـه، أسـباب المـسؤولية فـي الفقـه الاسـلامي، 1991م، ص16،(رسالة ماجستير)، الجامعة الاردنية عمان.

-التعريف الثاني: التبعية الأخلاقية، أو المالية، أو الجنائية التي تترتب نتيجة فعل أو قول صادرين من المسؤول ويبنى عليها آثار دنيوية وأخروية"[1].

****التعريف المختار**

لا شك أنَّ التعريفات سابقة الذكر، جميعها تعطي الفكرة ذاتهـا للتعريـف بمعنـى المسؤولية، وبمساعدة الدكتور بنى احمد يمكن الاستدلال على تعريف للمسؤولية من التعريفات السابقة على أنها: " التزام الشخص البالغ العاقل المختار و تحمل تبعـات تصرفاته غير المشروعة الدينية والدنيوية".

وحددنا بالتعريف البالغ العاقل، لأن بالشريعة الإسلامية شروط للملكف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاث: عن المجنون المغلوب علـى عقلـه حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم"[2]. ووجه الاسـتدلال من الحديث الشريف هو بأن الإنسان الغير عاقل-المجنون- لا يتحمل مسؤولية فعله ولو كان جنايةً.

وأشرنا إلى أن يكون الفاعل مختاراً استشهاداً بقوله عليه الصلاة والـسلام " إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" [3].

---

[1] التايه، أسامه إبراهيم، ممسؤولية الطبيب الجنائية،1420هـ - 1999م، ط1، دار البيارق، عمان، ص27. الطوالبة، محمد محمود، المسؤولية المدنية والجنائية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي، ص16، رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، عمان.

[2] رواه أبو داود واللفظ له، (سنن أبي داود للإمام أبي داود سليمان بـن الأشـعث السجـستاني الأزدي/ دار الجيل بيروت 1408هـ 1988م): 138/4 والنسائي: (السنن بشرح الحـافظ السيوطي، دار الجيل بيروت 1407هـ 1987م):156/6، وابن ماجه في الـسنن (بـشرح السندي، الناشر دار الجيل بيروت): 629/1.

[3] رواه ابن ماجه: (سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبي عبدالله القزوينـي 207-275هـ-) دار الفكر بيروت تحقيق: (محمد فؤاد عبد الباقي) 630/1، والحاكم وقال: صحيح علـى شـرط الشيخين (المستدرك على الصحيحين: لأبي عبدالله الحاكم- دار التراث العربي- بيـروت): 198/2.

ووجه الاستدلال من الحديث أن المسلم مسؤولٌ عن فعله ما لم يكن خطأ او نسيان أو ما استكرهوا عليه اي ان يكون الفعل باختيار الفاعل و دون وقوعـه تحـت تـأثير الإجبار، والإكراه.

2.1.2 مفهوم الجنائية لغةً واصطلاحاً

الجنائية لغةً: من جنى، والجناية: مصدر، وهو الذنب ومايفعله الإنسان مما يوجب العقاب أو القصاص في الدنيا، وهي مرادفة للجرم[1].

وأما الجناية إصطلاحاً: لا تخرج عن هذا المعنى اللغوي، وإنما تخصصه بالجناية على النفس أو الطرف، فعرفها ابن عابدين بقوله: "الجناية اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس"[2]، وخص الفقهاء الجناية في ما حل بنفس أو أطراف"[3].

وعرفها الماردي: "بأنها ارتكاب محضورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزيز"[4].

أما الجناية عند المعاصرين فقد وجدت عدة تعريفات يُعد أبرزها ما عرفها به التايه، حيث قال:" هي تحمل الإنسان عقوبة فعله أو تركه غير المشروع الذي يأتيه باختياره، وهو مدرك لفعله ونتائجه"[5].

3.1.2 مفهوم المسؤولية الجنائية

المسؤولية الجنائية اصطلاحاً:"أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها وهو مختار لمعانيها[6].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج12، ، مج14، ص190-191.

[2] ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج10، ص155.

[3] الكبيسي، سامي جميل،رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الاباحة، ، ص18.

[4] الماردي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينيـة، ط1،1985، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ، ص273.

[5] .التايه، أسامة أبراهيم علي، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الأسلامية، ،ص39.

[6] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقـانون الوضـعي، ط4، دار إحيـاء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985م، ج1، ص392.

ومن قوله مختاراً لمعانيها يمكن الفهم بأنه من قام بفعل محرم، أو خالف أمراً منهياً عنه وهو لايريده ومكره عليه، لا يُسأل جنائياً عن فعله.

وعرفها عوده: "بأنها صلاحية الشخص لتحمل نتائج الجريمة التي يرتكبها"[(1)].

وعُرفت أيضاً بأنها:" الالتزام بتحمل النتائج المترتبة على توافر أركان الجريمة فالمسؤولية لا تنشأ إلا بعد أن تتوفر جميع أركان الجريمة؛ لأنها اثر من آثار هذه الأركان [(2)].

ومن أجل قيام الجريمة ونشوء المسؤولية الجنائية فإنه لا بد من توفر ثلاثة أركان.

1- الركن الشرعي 2- الركن المادي 3-الركن المعنوي.

والركن الشرعي يعني: الصفة غير المشروعة للفعل الصادر من المسؤول، وهي كون الفعل خاضعاً لنص شرعي يتضمن التجريم والمعاقبة[(3)].

ومن الركن الشرعي للمسؤولية الجنائية، أن يبقى هذا الفعل متصفاً بهذه الصفة غير المشروعة، لأي سبب من أسباب الإباحة والتبرير (كعدم البلوغ، أو الجنون أو الإكراه مثلاً) التي تسلبه الصفة الجرمية وصفة التحريم، وبالتالي تنفي عنه هذا الركن الشرعي للمسؤولية الجنائية، ويصبح الفعل مباحاً[(4)].

ولكي يبقى الفعل محتفظاً بهذه الصفة (غير المشروعة). فلا بد من توفر أمرين هما:

1- خضوع الفعل لنص شرعي يتضمن التجريم والمعاقبة.
2- عدم خضوع الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة.

---

(1) عوده، عبد القادر، التشريح الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي،ج1، ، ص 362.

(2) أبو حسان، محمد، أحكام الجريمة و العقوبة في الشريعة الأسلامية ، دراسـة مقارنـة، ط1، 1408هـ ـ 1987م، مكتبة المنار، الأردن، ص198.

(3) الكبيسي، سامي جميل،رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الاباحة، ص40.

(4) الكبيسي، سامي جميل،رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الاباحة، ص44.

لان فقد أسباب الإباحة هو الشرط لبقاء الفعل يتصف بالصفة غير المشروعة التي أكتسبها من نص التجريم[(1)].

أما الركن المادي: فهو المظهر الذي تبرز به الجريمة إلى العالم الخارجي. ويتضمن الفعل أو الترك المحرم المعاقب عليه والنتيجة الناشئة عنهما شريطة أن تقوم بينهما (أي بين الفعل أو الترك والنتيجة) رابطة السببية، فالشريعة تحمل الفاعل المسؤولية عن النتيجة إذا أمكن نسبتها إلى فعله؛ لذلك يقوم الركن المادي للمسؤولية الجنائية على عناصر ثلاثة هي:

1- الفعل المحرم المعاقب عليه (السلوك الإجرامي).

2- وقوع الضرر (النتيجة الجرمية) وهي أثر الفعل الخارجي.

3- قيام الرابطة السببية بين الفعل الصادر المحرم والنتيجة الجرمية[(2)].

أما الركن المعنوي: وهو القصد الجنائي، ويعني الإرادة التي يقترن بها الفعل سواء اتخذت صورة القصد أم صورة الخطأ، ويتكون الركن المعنوي من عنصرين هما. الإدراك والاختيار، إذ لا يمكن مساءلة الشخص جنائياً وتوقيع العقاب عليه ما لم يكن أهلاً للتكليف، ولا يعتبر أهلاً لذلك ما لم يتوفر عنصر الإدراك إلى جانب عنصر الاختيار، وقوة الإدراك" تعني مكنة الشخص من فهم ماهية الأفعال التي يقدم عليها ويفهم ما يترتب عليها من نتائج سواء أكانت سلبية أم إيجابية"[(3)].

ولا يتوفر عنصر وصفة الادراك إلا بتحقق العقل والبلوغ في الشخص المكلف. فقد ميز الله عز وجل الإنسان بالعقل عن سائر المخلوقات؛ لكي يكون مكلفاً ومسؤولاً عن تبعات تصرفاته، لأنه بميزة العقل يمكنه أن يكتسب الفضائل والقيم ويتجنب الرذائل، وبه يمكنه التفريق بين الحق والباطل والخير والشر والطيب والخبيث.

[(1)] بن الحسين، محمد علي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج2، دار عـالم الكتب، بيروت/ لبنان، ص46. الكبيسي، سامي جميل، رفع المسؤولية الجنائية فـي أسـباب الإباحة، ، ص41.

[(2)] ابو حسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنه، ، ص 198.

[(3)] الزلمي، مصطفى، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسـلامية دراسـة مقارنـة بالقـانون ، 1981-1982م، مطبعة أسعد بغداد-العراق، ص61.

والإنسان لا يُعد مسؤولاً ومكلفاً في الشريعة إلا إذا بلغ وكمل عقله، وأصبح رشيداً والرشيد: يُقصد به من بلغ سن الرشد، وأصبح أهلاً لتحمل المسؤولية والتكليف[(1)].

ومن كل ما سبق يتبين بأن الشخص لا يُكلف إلا إذا اكتمل عقله وبلغ الرشد، واستكمل قواه الفكرية وظهرت عليه الدلائل التي تبين وصوله إلى المعرفة الحقة.

2.2 أساس ومحل وشخصية المسؤولية الجنائية.

1.2.2 أساس المسؤولية الجنائية

تقوم المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية على ثلاثة أسس: أولها: أن يأتي الإنسان فعلاً محرماً. ثانيها: أن يكون الفاعل مختاراً. ثالثها: أن يكون الفاعل مدركاً[(2)]. وبالحديث لاحقاً عن شروط المسؤولية الجنائية، سنذكر بالتفصيل معنا الإدراك والإختيار.

2.2.2 محل المسؤولية الجنائية

ونقصد بمحل المسؤولية الجنائية تحديد من يقع عليه تحمل نتائج أفعاله وانزال العقاب عليه في حالة إتيان الجريمة.

فنجد الشريعة تعفي الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم مما لا يعفى من الرجال، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾[(3)]، ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو، وعن المجنون حتى يفيق"[(4)].

[(1)] الكبيسي، سامي جميل، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ص42.

[(2)] عوده، عبد القادر،التشريع الجنائي الإسلامي .ج1، ص309.

[(3)] سورة النور، آيه (59).

[(4)] الامام أحمد، المسند، ج6، ص100-101، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حداً، حديث (4402/2398)، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتـوه والصغير والنائم، حديث رقم (658/102).

والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك، لقوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِاللّهِ مِن بَعْدِ إيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾[1]، ووجه الاستدلال: أن الله عز وجل استثنى ممن كفر بلسانه ووافق المشركين بلفظه مكرها لما ناله من ضرب وأذى ، وقلبه يأبى ما يقول، وهو مطمئن بالإيمان بالله ورسوله اي أن الانسان ليس مسؤولاً في حال الاكراه. وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [2]، ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[3]. ووجه الاستدلال من الحديث الشريف انه إذا بلغ الإنسان الحلم، وكانت أقواله، وأفعاله وفقا للمألوف المعتاد من الناس بحيث يستدل على سلامة عقله و تصرفاته حكم بتكليفه بأحكام الشريعة الإسلامية لتوفر مناط التكليف، والمرأة متساوية مع الرجل في هذا المعنى، والحكم.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركاً مختاراً، فقد كان طبيعياً أن يكون الإنسان فقط هو محل المسؤولية الجنائية، لأنه وحده هو المدرك المختار. ويُستوجب أن يكون الإنسان المسؤول عاقلاً بالغاً مختاراً، فإن لم يكن كذلك فلا مسؤولية عليه، لأن غير العاقل لا يكون مدركاً ولا مختاراً، ومن لم يبلغ سناً معيناً لا يمكن أن يقال أنه تام الإدراك والاختيار، وعلى هذا فلا مسؤولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأي سبب آخر، ولا مسؤولية على مكره أو مضطر[4].

3.2.2 شخصية المسؤولية الجنائية

من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ولا يؤخذ امرؤ بجريرة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما. وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل في كثير من آياته، ومن

---

[1] سورة النحل، آيه (106).

[2] سورة البقره، (173).

[3] صحيح ابن حبان ، الرقم: 7219 خلاصة حكم المحدث : أخرجه في صحيحه.

[4] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي. ج1، ص319-320.

ذلك قوله تعالى: وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا [(1)]، وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى [(2)]، (وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى [(3)]، مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاء فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ [(4)].

ووجه الاستدلال من الايات سابقة الذكر، أن ليس على انسان تحمل ذنب غيره وليس عليه إلا ما اقترف ، وكل نفس تتحمل افعالها التي قامت بها وليس عليها حساب لافعال غيرها.

وجاءت أحاديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - تؤكد هذا المبدأ حيث فيقول عليه الصلاة والسلام: "ألا لا يجني جان إلا على نفسه، لا يجني والد على ولده ولا مولود على والده"[(5)].

3.2 الأسباب الموجبة للمسؤولية الجنائية.

1.3.2 الاعتداء على النفس(القتل بأنواعه).

وللتوضيح نذكر في هذا المبحث القتل مفهومه وانواعه:

تعريف القتل: يُعرف القتل فى الشريعة كما يعرف فى القوانين الوضعية بأنه فعل من العباد تزول به الحياة[(6)] أى إنه إزهاق روح أدمى بفعل أدمى آخر.

والقتل فى الشريعة أصلا على نوعين: قتل محرم، وهو كل قتل عدوانى، وقتل بحق، وهو قتل لا عدوان فيه كقتل القاتل والمرتد.

أقسام القتل: ويقسم الفقهاء القتل تقسيمات تختلف بحسب وجهة نظر كل منهم، ويمكننا أن نستعرض هذه التقسيمات المختلفة فيما يأتى:

[(1)] الأنعام، آيه(164).

[(2)] فاطر، آيه (18).

[(3)] النجم، آيه (39).

[(4)] فصلات، آيه (46).

[(5)] الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة، ج5، حـديث رقـم 397، ص255، أبو داود، سنن البيوع والإجارات، باب في رفع الربا، حديث رقم 3087.

[(6)] ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السكندري، تكملة فتح القدير على الهداية شـرح البدايـة، 1423هـ - 2003م، ط1، دار الكتب العلمية، ج8، ص244 .

أولاً: التقسيم الثنائى: وهذا التقسيم مشهور عند المالكية فقسم القتل إلى[1].

1- قتل عمد 2- قتل خطأ، ولا وسط بينهما.

والقتل العمد: عند هؤلاء هو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى إلى موت المجنى عليه سواء قصد الجانى القتل أو لم يقصده، وبشرط ألا يكون الفعل قد وقع على وجه اللعب أو مقصودًا به التأديب ممن له حق التأديب.

والقتل الخطأ: هو ما لم يكن عمدًا.

ثانيًا: التقسيم الثلاثى: وهذا التقسيم مشهور عند فقهاء الحنابلة والشافعية، وفيه يقسم القتل إلى ثلاثة أقسام[2].:

(أ) عمد: وهو ما تعمد فيه الجانى الفعل المزهق قاصدًا إزهاق روح المجنى عليه.

وثانيها: إذا تعمد الجانى الفعل وقصد المجنى عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للمجنى عليه ولكن تبين أن المجنى عليه معصوم، كمن يرمى من يظنه جنديًا من جنود الأعداء فإذا هو مسلم أو معاهد أو ذمى. وتسمى هذه الحالة الخطأ فى القصد.

(ب) شبه عمد: وهو ما تعمد فيه الجانى الاعتداء على المجنى عليه دون أن يقصد قتله إذا مات المجنى عليه نتيجة للاعتداء ويسمى شراح القوانين الوضعية هذا النوع من القتل بالضرب المفضى إلى الموت.

(جـ) قتل خطأ: ويكون فى حالات:

أولها: إذا تعمد الجانب الفعل دون أن يقصد المجنى عليه، كمن يرمى غَرضًا فيصيب شخصًا. وتسمى هذه الحالة الخطأ فى الفعل.

---

[1] السهلي، عبدالله بن معتق، الاشتراك التعمد في الجناية على النفس بالقتـل أو الجـرح، ج1، ص7.عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الاسلامي، ج2،ص5.

[2] الشربجي، علي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج8، ص5-10.الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الإسـلامية-الكويـت، ط2، دار الـسلاسل-الكويت، ج18، ص268. عودة، عبد القـادر، التـشريع الجنـائي الاسـلامي، ج2،ص5. الجصاص، أبي بكر،أحكام القرأن الرازي ، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنـان، ج2، ص223.

وثالثها: أن لا يقصد الجانى الفعل ولكنه يقع نتيجة لتقصيرة، كمن يتقلب وهو نائم على آخر فيقتله.

ورابعها: أن يتسبب الجانى فى الفعل، كمن يحفر حفرة فى الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلاً وتؤدى السقطة لوفاته.

ثالثًا: التقسيم الرباعى: وهذا التقسيم مشهور عند بعض الفقهاء القتل أربعة أقسام:

1- عمد. 2- شبه عمد. 3- خطأ. 4- ما جرى مجرى الخطأ[1].

والعمد وشبه العمد عند أصحاب هذا التقسيم لا يختلفان عما هما عليه فى التقسيم السابق، فالخلاف منحصر عندهم فى الخطأ لا غير.

والخطأ [2] عند هؤلاء ما يكون فى نفس الفعل أو فى ظن الفاعل. فالأول: أن يقصد الفعل ولا يقصد الشخص كمن يرمى صيدًا فيصيب شخصًا. والثانى: أن يقصد من يظنه مباح القتل كحربى أو مرتد فإذا هو معصوم[3].

أما **ما جرى مجرى الخطأ** فنوعان: نوع هو فى معنى الخطأ من كل وجه، وهو أن يكون القتل على طريق المباشرة كأن ينقلب النائم على إنسان فيقتله، فهذا القتل فى معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده عن غير قصد، ونوع هو فى معنى الخطأ من وجه واحد، وهو أن يكون القتل عن طريق التسبب كمن يحفر حفرة فى طريق ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع المارة ليلاً من السقوط فيها فيسقط فيها شخص ويموت من سقطة. وهذا التقسيم لا يختلف عن سابقه فى شىء إلا فى أنه يقسم ما اعتبره التقسيم خطًا إلى قسمين: أحدهما: الخطأ، والثانى: ما جراه مجراه.

رابعًا: التقسيم الخماسي[1]: وفيه القتل خمسة أقسام:

---

[1]مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي بجده، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، ج9، ص2022. عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ، ج2، ص6.

[2]ابن قدامة، المقنع والشرح الكبير والانصاف، ج9، ص333. عودة، عبد القـادر، التـشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص6.

[3]عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ، ج2، ص7.

(1) عمد. (2) شبه عمد. (3) خطأ.

(4) ما جرى مجرى الخطأ. (5) القتل بالتسبب.

والفرق بين هذا التقسيم والتقسيم السابق أن أصحاب هذا التقسيم يفرقون بين الفعل المباشر والقتل بالتسبب ويجعلون الأخير قسمًا مستقلاً.

ويرى الرازي أن الخطأ على ضربين: أحدهما: خطأ فى الفعل كأن يقصد رمى طائر فيصيب شخصًا. والثاني: خطأ فى قصد كأن يقصد إصابة من يظنه حربيًا لأنه فى صفوفهم أو عليه لباسهم فيتبين أنه معصوم. وإذا كان هذا هو الخطأ فإنه لا ينطبق على فعل الساهي أو النائم لأن الفعل في الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة فى الفعل وتارة فى القصد، وفعل الساهي والنائم غير مقصود أصلاً فليس هو فى حيز الخطأ كما أنه ليس فى حيز العمد أو شبه العمد، ولما كان حكم فعل الساهى والنائم هو حكم الخطأ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطأ باعتباره جاريًا مجراه[2].

كذلك لاحظ الرازي أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل فى الحقيقة لا عمدًا ولا غير عمد، وذلك نحو فعل حافر البئر وواضع الحجر فى الطريق إذا عطب به إنسان وقال: إن هذا ليس بقاتل فى الحقيقة إذ له فعل فى قتل المجنى عليه لأن القاتل إما أن يكون مباشرًا من الجانى أو متولدًا عن فعله، وليس من واضع الحجر وحافر البئر فعل فى العاثر بالحجر والواقع فى البئر لا مباشرة ولا متولدًا، فلم يكن قاتلاً فى الحقيقة وإنما يمكن اعتباره قاتلاً بالتسبب[3].

و ذكرنا التقسيمات السابقة للقتل للتوضيح بما يخص جريمة القتل ، لكن التقسيم الأشهر من بينها هو التقسيم الثلاثي والذي سيأخذ نصيب التفصيل لتوضيح عقوبات كل نوع منها فيما بعد.

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية، ، ط2، ج18، ص269.عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي فـي الاسلام، ج2، ص10-15.

[2] ابن الهُمام، تكملة فتح القدير، ج8، ص244. عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص8.

[3] الجصاص، ابو بكر الرازي، أحكام القران، ، ص223.

أولاً القتل العمد: **هو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجني عليه**: أي أن تعمد الفعل المزهق لا يكفي لاعتبار الجاني قاتلاً متعمدًا بل لابد من توفر قصد القتل لدى الجاني، فإذا لم يقصد الجاني القتل وإنما تعمد فقط مجرد الاعتداء فالفعل ليس قتلاً عمدًا ولو أدى لموت المجني عليه، وإنما هو قتل شبه عمد كما يعبر عنه فقهاء الشريعة، وضرب أفضى إلى موت فى لغة شراح القوانين الوضعية.

ويُعد القتل العمد فى الشريعة من أكبر الكبائر وأعظم الجرائم: وقد جاء القرأن والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته[1].

تحريم القتل من القرآن: قال الله تعالى: وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا [2].

وقال: وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا وقال:{ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَوْلادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُم إنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْءًا كَبِيرًا [3].

وقال: قُلْ تَعَالَوْاْ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلاَّ تُشْرِكُواْ بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلاَ تَقْتُلُواْ أَوْلاَدَكُم مِّنْ إمْلاَقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلاَ تَقْرَبُواْ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ [4].

وقال عزوجل : مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءتْهُمْ رُسُلُنَا بِالبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَلِكَ فِي الأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ [5].

---

[1] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص8.

[2] سورة الإسراء، الآيه (33).

[3] سورة الإسراء: الآية (31).

[4] سورة الأنعام، الآية (151).

[5] سورة المائدة، الآية (32).

ووجه الاستدلال من الايات سابقة الذكر، تحريم القتل وان القتل خطيئةٌ كبيرةٌ ومن الكبائر، ولا يجوز القتل الا بالحق وفي الاية الكريمة الاخير إشارة الى ان من قتل نفساً بغير نفس وغير الحق فكأنما قتل الناس جميعاً. ومن قتل نفسًا بغير سبب من قصاص، أو فساد في الأرض، واستحل قتلها بلا سبب ولا جناية، فكأنما قتل الناس جميعًا؛ لأنه لا فرق عنده بين نفس ونفس، { ومن أحياها } أي: حرم قتلها واعتقد ذلك، فقد سلم الناس كلهم منه بهذا الاعتبار؛ ولهذا قال: { فَكَأَنما أَحيا الناس جمِيعًا}.

تحريم القتل من السنة: روى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنى بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس"، وقال: "من قتل نفسه بشىء من الدنيا عُذب به يوم القيامة"، وقال: "من أعان قتل امرئ مسلم بشطر كلمة لقى الله مكتوبًا بين عينيه: آيس من رحمة الله"، وقال: "قتل المؤمن يعدل عند الله زوال الدنيا"، وقال عليه الصلاة والسلام فى خطبة عرفات: "ألا أن دمائكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا فى شهرى هذا فى مقامى هذا"[1].

وللقتل العمد في الشريعة الاسلامية ثلاثة أركان[2]، نذكرها بإيجاز بدون التفصيل:

الركن الأول: أن يكون المجني عليه آدميا حيا[3]:

تقع جريمة القتل على النفس فهي بطبيعتها اعتداء على آدمي حي: و لذاك سماها الفقهاء بالجناية على النفس، فلتحقق وقوع الجريمة يجب أن يكون المجنى عليه آدميا وأن يكون على قيد الحياة وقت ارتكاب جريمة القتل, فمن أطلق مقذوفا ناريا على حيوان حي فقتلة فإنه لا يعتبر قاتلاً عمدًا وإن كان يعتبر متلفًا لحيوان، ومن شق بطن إنسان ميت أو فصل رأسه من جسمه بقصد قتله وهو لا يعلم أنه

---

(1) ابن كثير، ابو الفداء اسماعيل، تفسير القران العظيم، 1420هـ - -1999م، ط2، دار طيبـة للنشر والتوزيع، ج3، ص92.

(2) عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي في الإسلام، ج2، ص10.

(3) عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي في الإسلام، ص10 ابوحسان، محمـد، أحكـام الجريمـة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص468.

ميت فإنه لا يعد قاتلاً له لأن الموت لم ينشأ عن فعله ولأن الفعل كان بعد أن فارق الميت الحياة فاستحال قتله، أو بتعبير آخر: لا يعاقب الجاني على جريمة القتل العمد لاستحالة وقوعها ولكنه يعاقب لأنه استحل حرمة ميت.

الركن الثاني: أن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني[1].

أي فعل مميت من الجاني: يشترط لتحقق هذا الركن أن يحدث القتل بفعل الجانى، وأن يكون من شأن هذا الفعل إحداث الموت، فإن كان القتل نتيجة لفعل لا يمكن نسبته إلى الجانى أو لم يكن فعل الجانى مما يُحدث الموت فلا يمكن اعتبار الجانى قاتلاً.

نوع الفعل: ولا يشترط أن يكون الفعل من نوع معين لاعتباره قتلاً. فيصح أن يكون ضربًا أو جرحًا أو ذبحًا أو حرقًا أو خنقًا أو تسميمًا أو غير ذلك، ويصح أن يقع الفعل من الجانى مرة واحدة، ويصح أن يقع على التوالى فى مدة طالت أو قصرت

الركن الثالث: أن يقصد الجانى إحداث الوفاة[2].

ويشترط لاعتبار القتل عمدًا عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن يقصد الجانى قتل المجنى عليه: فإن لم يتوفر هذا القصد فلا يعتبر الفعل قتلاً عمدًا ولو قصد الجانى الاعتداء على المجنى عليه؛ لأن نية العدوان المجردة عن قصد القتل لا تكفى لجعل الفعل قتلاً عمدًا.

ولقصد القتل أهمية خاصة عند الأئمة الثلاثة: لأنه هو الذى يميز القتل العمد عن القتل شبه العمد وعن القتل الخطأ، إذ الفعل الواحد يصلح أن يكون قتلاً عمدًا أو شبه عمد أو خطأ، والذى يميز هذه الأنواع الثلاثة من القتل أحدها عن الآخر هو قصد الجاني، فإن تعمد الجانى الفعل بقصد قتل المجنى عليه فهو قتل عمد، وإن

---

[1] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص20. ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص470.

[2] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص63. ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص471.

تعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل فهو شبه عمد، وإن تعمد الفعل دون قصد عدوانى أو دون أن يقصد نتيجته فهو خطأ[1].

ثانياً: القتل شبه العمد:

وهو أن يقصد الإنسان إيذاء إنسان آخر بالضرب أو باللكم أو بالوكز أو بما لا يقتل غالباً فيموت، والجاني لا يقصد قتله، وقد سمي خطأ قتل العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه، فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل[2].

وخطأ العمد وعمد الخطأ قد يكون في النفس، وفي ما دون النفس، كأن يلاطم إنسان آخر على عينه فيذهب بصره وهو لا يقصد إذهاب البصر، ويقد يضرب الإنسان أخر على يده بمطرق دقيق فيكسرها أو يضربه على وجهه فيكسر أنفه.

ومن صور القتل شبه العمد عند جمهور الفقهاء[3]:

ضرب رجل آخر بحصوه صغيرة جداً فمات منها حيث أصابته في مقتل والضارب لا يقصد قتله، وكأن يضرب معلم طالباً بكفه على وجهه فمات، أو ضرب الشرطي سجيناً بمطرق من الرمان أو العصا فمات منها، وفي الاصل لا يقصد الجاني القتل. ولا بد من التذكير بأن الامام مالك يرى أن القتل يكون اما عمداً او خطأ فقط ولا ثالث لهما وحجته أن القرآن لم ينص إلا عليهما[4]. لقوله تعالى   وَمَن

(1) عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص63. ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص472-476.

(2) انظر: ابو فارس، محمد عبد القادر، الفقه الجنائي في الشرع الاسلامي،ط1، 1426هـ-2005م، دار الفرقان، عمان-الاردن، ص781. عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص75.

(3) انظر: ابو فارس، محمد عبد القادر، الفقه الجنائي في الشرع الاسلامي، ص781. ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص497.

(4) ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص497-501.

يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا [1].وقوله تعالى وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا [2]، وعليه فان المالكية لا يعترفون بشبه العمد.

أما ابو حنيفة والشافعي واحمد فاتفقوا على الانواع الثلاثة للقتل ومنها شبه العمد، والقتل شبه العمد يشبه القتل الخطأ من حيث أن الجاني لم يقصد القتل، كما يشبه القتل العمد من حيث أن الجاني قصد الفعل أي أن الجاني في قتل شبه العمد قد تعمد الفعل وأخطأ في القتل[3].

وللقتل شبه العمد ثلاثة أركان نذكرها بإيجاز دون التفصيل:

الركن الأول: فعل يؤدي لوفاة المجني عليه[4].

ويشترط لتوفير هذا الركن أن يأتي الجاني فعلاً يؤدي لوفاة المجني عليه: أيا كان هذا الفعل ضربًا أو جرحًا أو غير ذلك من أنواع التعدي والإيذاء مما لا يعتبر ضربًا ولا جرحًا كالتغريق والتحريق وإعطاء مواد ضارة أو سامة بغير قصد القتل.

- وليس من الضروري فى الضرب والجرح أن يستعمل الجاني آلة معينة: فقد يكون بغير أداة كاللطم واللكم والعض والرفس، وقد يكون بأداة راضة أو حادة أو واخزة كالعصا والسيف والفأس والبلطة والسكين والرمح والمسلة، او يكون تحريقا او تغريقاً او باعطاء مادة سامه بغير قصد القتل، وقد يرمي الجاني المجني عليه بشيء كالحجر والسهم والرصاص وقد يغري به حيوانًا مفترسًا كالادب أو أليفًا كالكلب.

الركن الثاني: أن يتعمد الجاني الفعل[1].

---

[1]سورة النساء، آيه (93).

[2]سورة النساء، آيه (92).

[3]الشافعي، ابو عبدالله محمد بن ادريس، الأم، 1410هـ -1990م، دار المعرفة- بيروت، ج7، ص299، ابن ضويان، ابراهيم محمد بن سالم، منار السبيل فـي شـرح الـدليل، المكتـب الاسلامي، ج2، ص318.

[4]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص77. ابوحـسان، محمـد، أحكـام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص500.

يشترط ان تعمد الجاني إحداث الفعل المؤدي للوفاة دون أن يتعمد قتل المجني عليه: وهذا هو المميز الوحيد بين جريمتي القتل العمد وشبه العمد، ففي الأول يتعمد الجاني إصابة المجني عليه وفى الوقت ذاته يقصد من الإصابة قتله، وفى الثاني يتعمد إصابة المجني عليه ولا يتعمد قتله، فالفاصل بين الجريمتين أصلاً هو قصد الجاني، فإن قصد القتل فالفعل قتل عمد وإن قصد مجرد العدوان ولم يقصد القتل فالفعل شبه عمد، ويستدل على نية الجاني قبل كل شيء بالآلة أو الوسيلة التي يستعملها فى القتل، فإن كانت الآلة تقتل غالبًا فالفعل قتل عمد ما لم يثبت الجاني أنه لم يقصد القتل، وإن كانت الآلة لا تقتل غالبًا فالفعل قتل شبه عمد ولو توجه قصد الجاني فعلاً للقتل؛ لأن القتل لا يكون إلا بالآلة الصالحة لإحداثه.

فإن لم تكن الآلة صالحة لإحداثه كانت نية القتل عبثًا، ويستدل على القصد بعد الآلة المستعملة بشهادة الشهود واعتراف الجاني، وتتميز جريمة القتل شبه العمد عن القتل الخطأ بقصد الفاعل أيضًا؛ ففى شبه العمد يأتي الفاعل الفعل لقصد العدوان دون أن يقصد القتل، أما في القتل الخطأ فيأتي الفعل دون أن يقصد عدوانًا أو يقع عدوانًا أو يقع منه الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه دون أن يقصد الفعل بالذات.

الركن الثالث: أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية[2]:

يشترط أن يكون بين الفعل الذى ارتكبه الجاني وبين الموت رابطة السببية: أي: أن يكون الفعل علة مباشرة للموت أو أن يكون سببًا في علة الموت، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا يسأل الجاني عن موت المجني عليه، وإنما يسأل باعتباره جارحًا أو ضاربًا،

ويكفي أن يكون فعل الجاني هو السبب الأول فى إحداث الوفاة ولو تعاونت معه أسباب أخرى على إحداث الوفاة: كإهمال العلاج أو إساءة العلاج أو ضعف المجني عليه أو مرضه أو غير ذلك.

ثالثاً: القتل الخطأ:

---

[1]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص81. ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص501.

[2]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص81.

وهو ازهاق روح إنسان من غير قصد القتل والأذى،وعرفه الفقهاء بقولهم ما أصاب الإنسان فقتله ولم يرده الفاعل ، وإنما اراد غيره[1].

وللقتل الخطأ صور كثير وعديده ومثال عليها: أن يرمي الصائد سهمه إلى صيد فيصيب إنساناً ويخطىء الصيد فيقتله فالصائد لم يقصد قتل الإنسان وإنما قصد قتل الصيد، أو ان يقتل إنساناً في دار الحرب يغلب على ظنه أنه حربي وإذا به مسلم، وقد يكون خطأ في الفعل كأن يسقط نائم من السطح على إنسان فيقتله، أو أن يحفر آدمي بئراً فيأتي رجل فيقع فيه فيموت[2].

وللقتل الخطأ ثلاثة أركان[3]:

الركن الأول: فعل يؤدي لوفاة المجني عليه.

يشترط أن يقع بسبب الجاني أو منه فعل على المجني عليه: سواء كان الجاني أراد الفعل وقصده، كما لو أراد أن يرمي صيدًا فأصاب إنسانًا، أو وقع الفعل نتيجة إهماله وعدم احتياطه دون أن يقصده كأن انقلب وهو نائم على طفل بجواره فقتله.

ولا يشترط فى الفعل أن يكون من نوع معين: كالجرح مثلاً بل يصح أن يكون أي فعل مما يؤدي للموت؛ كالاصطدام بشخص أو بشيء وتزليق الطريق وحفر بئر فيها وإسقاط ماء ساخن أو نار على المجني عليه أو إسقاطه فى مار أو سقوط حائط عليه.

وكما يصح ان يكون الفعل مادياً فإنه يمكن أن يكون معنوياً فمن أثار رائحة كريهة وأدت إلى إسقاط حامل وموتها ومن صاح على حيوان صيحه مزعجة فمات

---

[1] ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص507. ابـو فـارس، محمد عبد القادر، الفقه الجنائي في الشرع الاسلامي، ص796.

[2] ابو فارس، محمد عبد القادر، الفقه الجنائي في الشرع الاسلامي، ص803.

[3] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص87.

منها إنسان رعباً أو ازعجه من مرتفع فسقط ومات من سقطته فإن الفاعل في هذه الحالات يكون ارتكب جريمة القتل الخطأ[1].

الركن الثاني: الخطأ[2].

الخطأ هو الركن المميز لجرائم الخطأ على العموم: فإذا انعدم الخطأ انهارت الجريمة فلا مسؤولية ولا عقاب على الفاعل، ويعتبر الخطأ موجودًا كلما ترتب على فعل أو ترك نتائج لم يردها الجاني بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء كان الجاني أراد الفعل أو الترك أو لم يرده ولكنه وقع فى الحالين نتيجة لعدم تحرزه أو لمخالفته أوامر السلطات العامة ونصوص الشريعة.

ومقياس الخطأ فى الشريعة هو عدم التحرز: ويدخل تحته كل ما يمكن تصوره من تقصير فيدخل تحته الإهمال، وعدم الاحتياط، وعدم التبصر، والرعونة، والتفريط، وعدم الانتباه، وغير ذلك مما اختلف لفظه ولم يخرج معناه عن عدم التحرز.

وكذلك مخالفة الأوامر والنصوص يدخل تحتها نصوص الشريعة نفسها ونصوص القوانين واللوائح والأوامر التي تصدرها السلطات التشريعية: ومجرد المخالفة يعتبر خطأ فى ذاته وترتب عليه مسؤولية المخالف سواء فيما يمكن التحرز فيه أو ما لا يمكنه أن يتحرز فيه، ولكن يشترط للمسؤولية وقوع ضرر نتيجة عدم التحرز[3].

ولا يشترط أن يكون الخطأ بالغًا حدًا معينًا من الجسامة: فيستوي أن يكون خطأ الجاني جسيمًا أو تافهًا، فهو مسؤول جنائيًا لمجرد حصول الخطأ وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه، وهى نتيجة لا تختلف باختلاف جسامة الخطأ أو تفاهته لأن عقوبة القتل الخطأ فى الشريعة ذات حد واحد ولا يجوز إنقاصها ولا إيقافها ولا العفو عنها من السلطات العامة. وينبني على هذا أن المجني عليه لا يستطيع أن

---

[1]ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص512.

[2]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص89-90.

[3]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص90.ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص514.

يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر إذا برأت المحكمة المختصة الجاني لأنه لم يحدث منه خطأ[1].

ومثال على ما سبق مسؤولية الطبيب، فرق الفقهاء فقالوا إذا كان الطبيب جاهلاً فهو يضمن ما يتاف بعلاجه، أما إذا كان عارفاً وأذن له المريض في العلاج فلا يضمن ما يتاف بعلاجه لأن الضمان يسقط بالإذن[2].

الركن الثالث: أن يكون بين الخطأ والموت رابطة السببية[3].

يشترط ليكون الجاني مسؤولاً أن تكون الجناية قد وقعت نتيجة لخطئه: بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت، وبحيث يكون بين الخطأ والموت علاقة السبب بالمسبب فإذا انعدمت السببية فلا مسؤولية على الجاني.

ويسأل الجاني عن الموت ولو ساعد على إحداثه عوامل أخرى: كسوء العلاج واعتلال صحة المجني عليه أو صغر سنه أو ضعف تكوينه كذلك يسأل عن الموت ولو اشترك فى الخطأ أكثر من شخص بغض النظر عن عدد الإصابات التى تسبب فيها كل منهم، كاشتراك ثلاثة في قتل رابع خطأ فعليهم ديته اثلاثاً بغض النظر عن جسامة فعل كل منهم وعدد إصاباته ما دام فعله قد ساهم في إحداث الوفاة[4].

وتعتبر رابطة السببية قائمة سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعل الجاني أو كان نتيجة مباشرة لفعل غيره من إنسان أو حيوان ما دام الجاني هو المتسبب فى الفعل، فمن يعبث ببندقيته فتنطلق منه خطأ فتصيب المجني عليه فهو مسؤول عن القتل إذا مات، ومن يكلف أجيرًا بحفر بئر فى طريق فسقط فيها أحد فمات من

---

[1]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص90

[2]ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص514.

[3]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص91.

[4]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص90.ابوحسان، محمد، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص514.

سقطته فالقاتل هو المالك ما دام الأجير لا يعلم أنها فى ملك الآخر، ومن قاد دابة فعقرت شخصًا فمات من العقر فالقاتل هو القائد[(1)].

2.3.2 الجناية على ما دون النفس

مفهوم الجناية على ما دون النفس.

يعبر فقهاء الشريعة بالجناية على ما دون النفس عن كل أذى يقع على جسم الإنسان من غيره فلا يودي بحياته، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنوع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورها؛ فيدخل فيه الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر ونتفه وغير ذلك[(2)].

واتفق الفقهاء على أنها: كل اعتداء يقع على جسم الإنسان من غيره لا يؤدي إلى الوفاة ويستوي في الاعتداء أن يكون بإبانة الطرف أو إذهاب معناه أو بالشجة أو الجرح أو الإيذاء، وسواء كان الاعتداء عمدا أم خطأ[(3)].

ويقسم الفقهاء الاعتداء على ما دون النفس إلى عمد أو خطأ[(4)]:

فالعمد هو ما تعمد فيه الجاني الفعل بقصد العدوان كمن قذف أحدًا بحجر بقصد إصابته. **والخطأ** هو ما تعمد فيه الجاني الفعل دون قصد العدوان كمن ألقى حجرًا من نافذة ليتخلص منه فأصاب أحد المارة، أو ما وقع فيه الفعل نتيجة تقصير الجاني دون قصد منه كمن انقلب على نائم بجواره فكسر ضلوعه.

أقسام الاعتداء على ما دون النفس.

[(1)] قزامل، سيف رجب، الجنايات في الفقه الإسلامي، ط1، 1422هـ-2002م، مكتبة الاشعاع الفنية، الاسكندريه، مصر، ص211. عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص90.

[(2)] النواوي، عبد الخالق، التشريع الجنائي، دار الثقافة، بيروت، لبنان، ص 406. عـوده، عبـد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص167.

[(3)] قزامل، سيف رجب، الجنايات في الفقه الإسلامي، ، ص211.

[(4)] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص168. ابوحسان، محمـد، أحكـام الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية، ص522.

وقد قسم الفقهاء الجناية على ما دون النفس عمدية كانت أم خطأ إلى خمسة أقسام هي[1]:

القسم الأول: إبانة الأطراف وما يجري مجراها: ويقصد من إبانة الأطراف قطعها وقطع ما يجري مجراها، ويدخل تحت هذا القسم: قطع اليد والرجل والإصبع والظفر والأنف والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفقء العين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق أو نتف شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب.

القسم الثاني: إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها: ويقصد من ذلك تفويت منفعة العضو مع بقائه قائمًا فإذا ذهب العضو ذاته فالفعل من القسم الأول، ويدخل تحت هذا القسم: تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشي، ويدخل تحته أيضًا: تغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها، كما يدخل إذهاب العقل وغيره.

القسم الثالث: الشجاج: يقصد بالشجاج جراح الرأس والوجه خاصة. أما جراح الجسم فيما عدا الرأس والوجه فتسمى جراحًا، وتسمية جراح الجسم بالشجاج غلاظ؛ لأن العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة، فتسمى ما كان فى الرأس والوجه شجه، وتسمي ما كان فى سائر البدن جراحة[2].

ويرى أبو حنيفة أن الشجاج لا تكون إلا في الرأس والوجه فى مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدود، وباقي الأئمة يرون ما كان فى الرأس والوجه مطلقًا شجة[3].

والشجاج عند أبي حنيفة إحدى عشرة شجة[4]:

---

(1) النواوي، عبد الخالق، التشريع الجنائي، ، ص 406

(2) النواوي، عبد الخالق، التشريع الجنائي، ، ص 406. عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي فـي الاسلام، ج2، ص168.

(3) النواوي، التشريع الجنائي، ، ص 415.

(4) الشربجي، علي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج8، ص22.الكاسـاني، عـلاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، مطبعة الجماليه، ج7، ص296. عوده، عبـد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص169.

1- الخارصة: وهي التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم.

2- الدامعة: وهي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع فى العين.

3- الدامية: وهي التي يسيل منها الدم.

4- الباضعة: وهي التى تبضع اللحم أي تقطعه.

5- المتلاحمة: وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة. ويرى محمد بن حسن أن المتلاحمة قبل الباضعة وعرفها بأنها التى يتلاحم فيها الدم ويسود.

6- السمحاق: وهي التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم، واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة.

7- الدامغة: وهي التي تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ.

8- الموضحة: وهي التي تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتُوضِح العظم أي تظهره ولو بقدر مغرز الإبرة.

9- الهاشمة: و هي التي تهشم العظم أي تكسرة.

10- المنقلة: وهي التي تنقل العظم بعد كسرة أي تحوله عن مكانه.

11- الآمة: وهى التي تصل إلى أم الدماغ، وهى جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أي المخ.

القسم الرابع: الجراح: ويقصد بالجراح ما كان فى سائر البدن عدا الرأس والوجه. والجراح نوعان: جائفة، وغير جائفة.

فالجائفة: هي التي تصل إلى التجويف الصدري والبطني سواء كانت الجراحة فى الصدر أو البطن أو الظهر أو الجبين أو بين الأنثيين أو الدبر أو الحلق.

وغير الجائفة: ما لم تكن كذلك؛ أي التي لا تصل إلى الجوف[1].

القسم الخامس: ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة: ويدخل تحت هذا القسم كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدي إلى إبانة طرف أو ذهاب معناه ولا يؤدي إلى شجة أو جرح، فيدخل تحته كل اعتداء لا يترك أثرًا أو ترك أثرًا لا يعتبر جرحًا ولا شجة.

الجناية على ما دون النفس عمدًا[1].

---

[1] الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص296. عوده، عبد القـادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص170.

4.2 شروط المسؤولية الجنائية

وفي حال ارتكاب احد الاسباب الموجبة للمسؤولية الجنائية السابقة الذكر فأن هناك شرطين لتحمل تبعية المسؤولية الجنائية لا يغني أحدهما عن الآخر وهما :

1- الأهلية (وهو البلوغ والعقل) 2- الاختيار

فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسؤولية الجنائية، وإذا وجد الشرطان معاً وجدت المسؤولية، فإذا قتل شخص شخص اخر فهذا فعلٌ فيه سبب موجب للمسؤولية الجنائية، ولكنه لا يسأل شرعاً إلا إذا وجد فيه شرطا المسؤولية وهما الأهلية والاختيار، فإن كان غير مدرك كمجنون مثلاً فلا مسؤولية عليه، وإن كان مدركاً ولكنه غير مختار فلا مسؤولية عليه أيضاً[2].

وإذا وجد سبب المسؤولية وهو ارتكاب الفعل غير المشروع، ووجد شرطاها الأهلية والاختيار، اعتبر الجاني عاصياً، وكان فعله عصياناً أي خروجاً على ما أمر به الشارع، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية. أما إذا ارتكبت المعصية ولم يتوفر في الفاعل شرطا المسؤولية أو أحدهما فلا يعتبر الفاعل عاصياً ولا يعتبر فعله عصياناً، وعليه فالوجود الشرعي للمسؤولية الجنائية متوقف على وجود العصيان وعدمها تابع لعدمه[3].

وفي الشريعة الإسلامية عند دراسة المسؤولية الجنائية، فهي لا تنظر للفعـل المحرم والمنهي عنه فقط، وإنما تأخذ بعين الإعتبار أهلية الفاعل فلا يحاسب جنائياً إلا الإنسان المتمتع بكامل الأهلية لإرتكابه للفعل.

---

[1] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج2، ص170. النـواوي، عبـد الخـالق، التشريع الجنائي ، ص 408.

[2] خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، ص91. الكبيسي، سـامي جميل الفياض، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ، ص37.

[3] عودة، عبد القادر، التشريح الجنائي الإسلامي، ، ص 327.

والأهلية: هي أهلية الإنسان للشيء: أي صلاحيته لصدور ذاك الشيء وطلبه منه فعلاً او تركاً[1].

وعبر عنها البعض الآخر أن العقل، والإرادة الحرة، هي مناط تحمل التبعية تحملاً كاملاً من حيث النتائج والغايات، ولذلك أجمع الفقهاء أن عمل العقل المريد المختار، الذي يعلمه النتائج ويرتضيها، عليه تبعة كاملة، فيتحمل العقوبة سواءً كانت عقوبة مالية أم كانت عقوبة بدنية بالقصاص، أو إقامة الحد، لأن القصد كامل والرضى بالنتائج ثابت[2].

وعليه فالمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، لا تنشأ إلا بتوافر شرطين، بعد وجود الاسباب وهي أن يأتيه الفاعل، وهو مدرك ومختار، وبتمام هذين الشرطين، أو أحدهما حيث لا تحقق المسؤولية الجنائية في حالة الإكراه، وعدم الاختيار، وحرية إرادة الفاعل، أو الجاني[3].

وبناءً على ذلك يمكن القول، بإن الأنسان يكون محل المسؤولية وعليه تحمل تبعية أفعاله في حالة أن يكون الشخص بالغاً عاقلاً ومدركاً ومختاراً لأفعاله، فلا يُسأل ولايُحاسب فاقد الأهلية كالصغير، والمجنون، فهؤلاء في الشريعة الإسلامية غير مكلفين بافعالهم وذلك، لفقدهم شرط الأهلية (الإدراك) وهي أحد شروط المسؤولية الجنائية، وكذلك المكره على أمره فاقد لشرط الإختيار، وبذلك لا يتحمل تبعية فعله المُكره عليه.

---

[1]) البخاري، عبد العزيز بن محمد علاء الدين ، كشف الاسرار شرح اصول البزدوي، ت:(730هـ)، ط3، دار الكتاب الإسلاومي، القاهرة، ج2، ص237. أبو زهرة ، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، ص414.

[2]أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القاهرة، ، ص415-416.

[3]عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، ط14، 1998م، بيروت مؤسسة الرسالة، ج1،ص192. البخاري، عبد العزيز بن محمد علاء الدين ، كشف الاسرار شرح اصول البزدوي، ، ج2، ص237.

وذلك استدلالاً بالكتاب والسنة فقال تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[(1)].

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة، ان الله عزوجل لا يحاسب مـن تـسبب بضرر بالخطأ كمن تعمد ذلك وارتكـب الفعـل وهـو بكامـل الادراك والأهليـة وباختياره[(2)].

وفي الحديث الشريف، قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: " إن الله وضـع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[(3)].

ووجه الإستدلال من الحديث الشريف، انه من جاء بسيئة او ضـرر وهـو مُخطئ او في حالة نسيان او بالاجبار والاكراه فذلك رُفع عن الأمة الاسلامية.

وقوله عليه الصلاة والسلام" "رفع القلم عن ثلاث ، عن المجنـون المغلـوب على عقله ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم[(4)]. "

ووجه الاستدلال من الحديث الشريف، انه لا حساب على من كان فاقد للعقل والاهلية، وعن النائم لانه يكون غائب عن الوعي ، وعن الصغار الذين لم يبلغـوا الحلم، وهذه الاسباب ترفع عن صاحبها المسؤولية.

ويفقد المجنون للشرطين الأهلية والاختيار، لأن حرية الاختيار تنتفي بنوعين من الاسباب الخارجية كالإكراه، أو داخلية كالجنون أو العاهة العقلية[(5)].

5.2 العقوبات المقررة شرعاً على المسؤولية الجنائية.

1.5.2 انواع العقوبات المقرره على الجناية على النفس وما دون النفس.

---

(1) سورة الأحزاب، آيه (5).

(2) ابن كثير، تفسير القران العظيم، ، ج6، ص 376.

(3) رواه ابن ماجه: (سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبي عبدالله القزويني 207-275هـ).

(4) رواه أبو داود واللفظ له، (سنن أبي داود للإمام أبي داود سليمان بـن الأشـعث السجـستاني الأزدي/دار الجيل بيروت 1408هـ 1988م).

(5) الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الاباحة،، ص43.

هناك العديد من العقوبات المقرره لجرائم الاعتداء على النفس (القتل لعمد-القتل شبه العمد- القتل الخطأ) وجرائم الاعتداء على ما دون النفس (الجروح، ابانة الاعضاء، اذهاب معاني الاعضاء)، وهذه العقوبات كالتالي[(1)]:

1- القصاص 2- الديه 3- الكفارة 4- الحرمان من الميراث 4- الحرمان من الوصيه.

أولاً: القصاص

القصاص شرعاً: وهو" أن يُعاقب المجرم بمثل فعله، فيقتل كما قُتل ويجرح كما جرح[(2)]، ويُعرف أيضاً بأنه "عقوبة مقدرة تجب حقاً للفرد"[(3)].

والقصاص يشترك مع الحدود في كونه عقوبة مقدرة مثلها، ولكنه يختلف عنها في كونه يجب حقاً للفرد بخلاف الحدود، فإنها تجب حقاً لله تعالى ، ومعنى تقدير العقوبة أنها محددة معينة ليس لها حد أدنى ولا حد أعلى تتروح بينهما. ومعنى أن القصاص يجب حقاً للأفراد، أن للمجني عليه أو لولي الدم العفو عنه إذا شاء، وبالعفو تسقط العقوبة الاصلية[(4)].

وقد ورت عقوبة القصاص في الكتاب، والسنة الشريفة، يقول الله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ [(5)].

[(1)]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج1، ص 538

[(2)]عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج1، ص 540.

[(3)]أبو يحي، محمد حسن، القصاص في النفوس في الشريعة الاسـلامية، 1410هـ - 1989م، ط1، دار عمان، الأردن، ص21.

[(4)] أبو يحي، محمد حسن، القصاص في النفوس في الشريعة الاسلامية، ص22.

[(5)]سورة البقرة، آيه (178،179).

وقوله تعالى: وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ [1].

ووجه الاستدلال من الآيات السابقة، ان الله عزوجل شرع القصاص ليأخذ كل ذي حق حقه بالمثل فالنفس بالنفس والعين بالعين وغير ذلك، وبذلك يكون العدل لمن كان مظلوماً ويجوز العفو لمن اراد ان يصفح ويعفو وفي القصاص حياة للانسان تردع فيها الظالم وترد للمظلوم حقه.

ثانياً: الدية: الدية لغةً: مصدر للفعل ودي يقال ودي القاتل القتيل يدية دية إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ، وتسمى الدية عقلاً؛ لأن أولياء القاتل كانوا يأتون بالإبل فيعقلونها في فناء أولياء المقتول فيصبحون والإبل معقولة عندهم. ولأنها تعقل الدماء أن تراق[2].

والدية اصطلاحاً: اسم للمال الواجب بالجناية على النفس والتقييد بالنفس يخرج المال المقدر الواجب بالاعتداء على ما دون النفس فإنه يسمى إرشا، وتطلق الدية على ما يدفع مقابل الاعتداء على النفس أو ما دونها[3].

وعلى هذا فإن بين الأرش والدية عموم وخصوص، فالأرش أخص من الدية بهذا المعنى لأنها تشمل المال المؤدى مقابل النفس وما دونها، وقد يطلق الأرش على بدل النفس فيكون بمعنى الدية.

وهناك تشابه بين الدية والأرش من حيث معلومية المقدار خلافاً لحكومة العدل وهي مال غير مقدر في الشرع يجب بالاعتداء على ما دون على ما دون النفس من جرح ونحوه ويترك أمر تقديره للحاكم بمعرفة أهل الخبرة والعدل[4].

---

(1) سورة المائدة، آيه (45).

(2) انظر، الفيروزآبادى، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحـيط، ط8، 1426 هـ - 2005 م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، مادة ودي. أبو يحي، محمد حسن، القصاص في النفوس في الشريعة الاسلامية،، ص99-101.

(3) ابو رخية، ماجد محمد، الوجيز في احكام الحدود والقصاص، 1430هـ - -2009م، مكتبـة الاقصى، عمان/الاردن، ص 237. تكملة فتح القدير، ، ج 8، ص301.

(4) عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج1، ص 533-545.

وقد ثبتت مشروعية الدية في الكتاب والسنة، يقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا﴾[1].

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة، ان عقوبة من قتل مؤمنا بغير عمد وبالخطأ عليه دفع الدية لأهل المقتول وفي ذلك تميز في الجزاء بين من قتل مؤمناً متعمداً ومن قتله خطأً[2].

وجاء في السنة النبوية قوله صلي الله عليه وسلم ((من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما أن يفتدى وإما أن يقتُل))[3].

ووجه الاستدلال من الحديث الشريف، انه في حالة القتل هناك خيارين إما القتل أو الافتداء، أي اما القصاص القتل بالمثل أو دفع دية لأهل المقتول.

وتختلف الدية باختلاف موجبها، وهذا يقسمه الفقهاء بحسب نوع الجنايه اي ان دية القتل العمد تختلف عنها في دية الخطأ أو الجناية على ما دون النفس[4].

ثالثاً: الكفارة

وهي العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها.

والكفاره في الأصل نوع من العبادة؛ لأنها هي عبارة عن عتق أو إطعام مساكين أو صوم. فإذا فُرضت على عمل لا يُعتبر معصية فهي عبادة خالصة كالإطعام بدلاً من الصوم لمن لا يطيق الصوم، وإذا فُرضت على ما يُعتبر معصية فهي عقوبة جنائية خالصة كالكفارة في القتل الخطأ، ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية[5].

---

(1) سورة النساء،آية (92)

(2) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، ط2، 1420ه، 1999م ج2، ص337.

(3) سنن النسائي، 38/8. صحيح ابن حبان الرقم: 3715 خلاصة حكم المحدث : أخرجه في صحيحه

(4) أبو يحي، محمد حسن، القصاص في النفوس في الشريعة الاسلامية،، ص100.

(5) عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج1، ص554.

والكفارة الواجبة في كل الجرائم ليست واحده فهي تختلف في نوعها ومقدارها وطريقة أدائها باختلاف الجريمة، والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها، ومن أجل هذا فهي لا تجب إلا فيما أوجبها الشارع بنص صريح.

وقد ثبتت مشروعيتها بالنص القرآني في قوله عزوجل ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾[1].

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة، جاءت الدية فيها واحد من الخيارات في التكفير عن جريمة القتل الخطأ وهذا دليل على مشروعية الدية.

وقد جاءت هنا الكفارة بين خيارين على الترتيب بحسب القدره، ما بين تحرير رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، وذلك عقوبة القتل الخطأ، وعقوبة الكفارة قد تصحبها عقوبه مقدره اخرى كما هو الحال في ما سبق ذكره بالآية الكريمه ، فعقوبة القتل الخطأ تكون الكفارة مصحوبة بالديه وكلاهما عقوبة مقدرة، وقد تكون غير مقدره كأن تكون مصحوبة بالتعزير مثلاً[2].

رابعاً: الحرمان من الميراث:

الحرمان من الميراث هي عقوبة (تبعيه) تصيب القاتل تبعاً للحكم بعقوبة القتل[3]. [3]، والأصل في ذلك كان من السنة النبويه قوله عليه الصلاة والسلام((ليس للقاتل شيء من الميراث)) [4].

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في الحرمان من الميراث بحيث لا يتفق مذهبان في هذه المسألة.

---

[1] سورة النساء، آية(92).

[2] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج1، ص554.

[3] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج1، ص554. ابو فـارس، محمـد عبـد القادر، الفقه الجنائي في الشرع الاسلامي، ص810.

[4] صحيح البخاري ، الرقم: 5344 خلاصة حكم المحدث : [صحيح]

خامساً: الحرمان من الوصية:

والحرمان من الوصية عقوبة تبعية[1]، والأصل فيها قو الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا وصية لقاتل)) [2]، وقوله ((ليس لقاتل شيء)) [3] وجاء الشيء نكره في محل النفي وهنا يعم الميراث والوصية جميعاً، فضلاً عن القياس.

لكل جريمة نوع من العقوبات السابقة، وتختلف العقوبة المقررة باختلاف الجريمة المرتكبة. وهنا نعرض بإيجاز بدون التفصيل عقوبة كل من هذه الجرائم.

العقوبات المقرره على جرائم الاعتداء على النفس.

أولاً: العقوبات المقررة على القتل العمد.

وللقتل العمد في الشريعة الاسلامية أكثر من عقوبة: منها ما هو أصلي، ومنها ماهو تبعي، والعقوبات الاصلية ثلاث وهي[4]:

1- القصاص.

2- الدية.

3- التعزير والكفار

والعقوبات التبعية اثنتان:

1- الحرمان من الميراث.

2- الحرمان من الوصية.

---

[1] عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي في الاسلام، ج1، ص556

[2] السنن الكبرى للبيهقي رقم الحديث: 219/6 خلاصة حكم المحدث : موصول.

[3] السنن الكبرى للبيهقي رقم الحديث : 185/8 خلاصة حكم المحـدث : منقطـع، وقـد روي موصولاً.

[4] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي،أحكامه، ج2، ص 92.ابو حسان،محمد،الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامي، ص474.

وتجب عقوبة القصاص بارتكاب جريمة القتل العمد فى الشريعة. ومعنى القصاص المماثلة؛ أى مجازاة الجانى بمثل فعله وهو القتل. ويستوى لتوقيع هذه العقوبة أن يكون القتل مسبوقًا بإصرار أو ترصد أو غير مسبوق بشىء من ذلك، كما يستوى أن يصحب القتل جريمة أخرى أو لا يصحبه شىء فالعقوبة على القتل العمد هى القصاص فى كل حال؛ إلا فى حالة الحرابة، أى عندما يقترن القتل بسرقة فالعقوبة فى هذه الحالة هى القتل والصلب، ولكن العقوبة لا تقع على الجانى باعتباره قاتلاً متعمدًا بل باعتباره محاربًا أى قاطع طريق.

وعقوبتا الدية والتعزير كلاهما بدل من عقوبة القصاص: فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية التى تمنع القصاص حلت محله عقوبة الدية مضافًا إليها التعزير إن رأت ذلك الهيئة التشريعية وإذا امتنعت عقوبة الدية لسبب من الأسباب الشرعية حلت محلها عقوبة التعزير، فالفرق بينهما أن عقوبة التعزير تكون أحيانًا بدلاً من القصاص وتكون أحيانًا بدلاً من بدل القصاص أى بدلاً من عقوبة الدية التى هى فى الأصل بدل من عقوبة القصاص، أما عقوبة الدية فهى بدل من القصاص فقط[1].

والكفارة عقوبة أصلية: وهي عتق رقبة مؤمنة فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين، فالصوم عقوبة بديلة لا تكون إلا اذا امتنع تنفيذ العقوبة الاصلية[2].

والعقوبات البديلة للقتل العمد ثلاثة: الدية، والتعزيز، والصيام. والدية والتعزير بدل من القصاص والصيام بدل من الكفارة[3].

أما العقوبات التبعية للقتل العمد عقوبتان: الحرمان من الميراث والحرمان الوصية. واشرنا سابقاً لذلك بوضوح.

ثانياً: العقوبات المقرره على القتل شبه العمد

---

[1]عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي، ج2، ص 92.

[2]عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي،احكامة، ج2، ص 140.

[3]عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي في الإسلام، ص 143. قزامل، سيف رجب، الجنايات في الفقه الإسلامي، ص164.

*العقوبات الاصلية وهي[1]:

أولاً: الدية: وهي العقوبة الاصلية الاساسية للقتل شبه العمد، والأصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام: ((ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل)) [2].

ثانيا: الكفارة: وهي عقوبة اصلية على القتل شبه العمد مع الدية.

*العقوبات البديلة للقتل شبه العمد وهي[3]:

أولاً: التعزير بدلاً من الدية.

ثانياً: الصيام بدلاً من الكفارة وهي عتق الرقبة أو التصدق بقيمتها.

*العقوبات التبعية للقتل شبه العمد وهي[4]:

أولاً : الحرمان من الميراث.

ثانياً: الحرمان من الوصية.

ثالثاً: العقوبات المقرره على القتل الخطأ[5].

العقوبات الاصلية وهي:

اولاً: الدية: وهي عقوبة اساسية للقتل الخطأ، ومقدارها نفس مقدار الدية في العمد وشبه العمد أي مائة من الإبل.

ثانياً: الكفارة:وهي كما تكلمنا عنها في القتل العمد.

العقوبات البديلة للقتل الخطأ وهي:

الصيام فقط: وهي شهرين متتابعين.

---

[1] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي،احكامه، ج2، ص 155. قزامل، سيف رجب، الجنايات في الفقه الإسلامي، ص190.

[2] ابن داود، (4/185)، رقم (4547)، النسائي، 8/41، ابن ماجه، (2/77)، رقـم الحـديث (2627) ابن حبان (13/364)، رقم الحديث (6011).

[3] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي، أحكامه، ج2، ص 164.

[4] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي، أحكامه، ج2، ص174

[5] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي، أحكامه، ج2، ص 165-167. قزامل، سيف رجـب، الجنايات في الفقه الإسلامي، ص213.

العقوبات التبعية للقتل الخطأ وهي:
الحرمان من الميراث.
الحرمان من الوصية.

2.5.2 العقوبات المقرره على جرائم الاعتداء على ما دون النفس.

أما عقوبة الجناية على ما دون النفس تنقسم إلى: عقوبة الجناية على ما دون النفس عمدًا، وعقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ.

العقوبات المقرره للجناية على ما دون النفس عمدًا

العقوبة الاصليه المقررعلى جرائم الاعتداء على ما دون النفس عمداً هي القصاص، وعند مالك: الدية مع القصاص[1]. والقصاص هو معاقبة الجاني بالمثل، والمقصود هنا القصاص بالاعضاء مثلاً: فقء عين من يفقأ عين أخر، وقطع يد من يقطع يد غيره، وهذا القصاص واجب بنص من كتاب الله عزوجل قال تعالى:

وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ[2].

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن القصاص جاء بالمثل ولا يجوزالاعتداء بزياده، كأن يكون فد العين بفقد العين مثلاً ولمن يعفو عن اعتداء فتكون له هذه كفاره وأما من خالف حكم الله عزوجل فذلك يكون من الظالمين.

وقد تلزم الدية أو الأرش في العمد كما في بعض الاعتداءات على ما دون النفس لا يمكن الاستيفاء منها بالقصاص، مثل ابانة منفعة الاطراف وفي حال عدم امكانية استيفاء القصاص فهنا يلزم الجاني بالدية[3].

---

[1] شرح الدرديري، ج4، ص224. الحطاب ، شمس الدين ابو عبدالله ت: (954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، 1412هـ - 1992م، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج6، ص247. عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي،احكام ة، ج2، ص 174.

[2] سورة المائده، آيه (45).

[3] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي، أحكامه، ج2، ص215.

- التعزير.

والدية والتعزيرعقوبتان بدليتان تحلان محل القصاص، ويترتب على اعتبار القصاص أصلاً والدية والتعزير بدلاً أنه لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية وبين عقوبة أخرى بدلاً منها لأن الجمع بين البدل والمستبدل ينافيان طبيعة الاستبدال، ويترتب على ذلك أيضًا أنه لا يجوز الحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية[1].

العقوبات المقرره على مادون النفس بالخطأ.

عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ هي الدية أو الأرش: وهي العقوبة الأصلية الوحيده وليس ثمة من عقوبة بديلة لازمة للدية، ولكن إذا شاءت الهيئة التشريعية أن تجعل لهذه الجناية عقوبة تعزيرية أصلية أو بديلة فليس في نصوص الشريعة ما يمنع ذلك[2].

---

[1] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي، أحكامه، ج2، ص174.

[2] عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي، أحكامه، ص239. قزامل، سيف رجب، الجنايات في الفقه الإسلامي، ص297.

الفصل الثالث

عقود الإستشارات وتكيفها الفقهي وأحكامها العامة

1.3 العقود مفهومها ومشروعيتها وأنواعها وأحكامها العامة

1.1.3 مفهوم العقد لغةً واصطلاحاً.

مفهوم العقد

لغةً: يجمع على عقود، وهو مشتق من الفعل عقَد يعقِدُ عقداً، والعقد: نقيض الحل، فهو بمعنى الربط والشد، يقال: عقدت الحبل: أي ربطت بين طرفيه وشددتهما[(1)]. ويقول ابن فارس: العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شَد وشِدةِ وثوقٍ، وإليه ترجع فروع الباب كلها"[(2)].

ويأتي العقد بمعنى التوثيق والتوكيد والإحكام، كما يُطلق على العهد واليمين فيقال: عقد العهد واليمين يعقدهما عقداً: أي يؤكدهما، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[(3)]. وقوله تعالى ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ﴾[(4)]، فالعقد يأتي بمعنى التوكيد والتوثيق والالتزام[(5)].

ويأتي العقد بمعنى العزم[(6)]، ومنه الحديث الذي يرويه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه وفيه " لآمرن براحلتي ترحل، ثم لا أحل لها عقدة حتى أقدم المدينة"[(7)]. أي لا أحل عزمي حتى أقدمها[(1)]، والعزم إنما هو ربط بين النية والإرادة.

---

(1) انظر: ابن منظور: لسان العرب ،ج3، ص 296-298؛ الفيرورز أبادي: القاموس المحـيط (327/1)؛ الرازي: مختار الصحاح(ص186).

(2) ابو الحسين، احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغه، ج4، ص86.

(3) سورة النساء من الآية (33).

(4) سورة المائده من الآية (89).

(5) ابن منظور: لسان العرب،ج3، ص297.

(6) ابن منظور: لسان العرب، ج3، 298.

(7) مسلم: صحيح، كتاب الحج، باب الترغيب في سـكنى المدينـة والـصبر عليهـا، ح1374، (1001/2).

ويذكر هنا أن العلماء أشاروا من خلال بيانهم للمعاني التي يفيدها العقد إلى أنه يطلق على معنيين: أحدهما حسي كعقد الحبل، والآخر معنوي أو حكمي كعقد النكاح، وكعقد البيع إذ هو ربط بين كلامين، أو التزام ناشيء عن ربط إرادتين[2].

مفهوم العقد اصطلاحاً.

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للعقد عن معناه اللغوي، وهو بمعنى العهد والشد والربط، فمن توسع من الفقهاء في إطلاق لفظة العقد بمعناه العام نظر إلى كل التزام لا يخلو من عهد، والعهد عقد في لغة العرب، ومنهم من اقتصره على ما كان من طرفين، نظر إلى العقد بمعنى الجمع والربط، وهذا لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من طرفين يرتبط كل منهما بالأخر. فمن خلال تتبع تعريفات العلماء للعقد، يتضح أن لهم في تعريف العقد نظرتين: نظره للعقد بمعناه العام، ونظره بمعناه الخاص[3]، وذلك كما يلي:

أولاً: العقد بالمعنى العام:

يعتمد تعريف العلماء للعقد بمعناه العام على اعتبار أن كل التزام ينشأ عن ارتباط إرادتين كالبيع والشراء والنكاح، أو ينشأ بإرادة منفردة كالنذر والطلاق والهبة الوصية يصدق عليه مسمى العقد، وإلى ذلك أشار أبو بكر الرازي[4]. بقوله:"

---

(1) ابن الأثير،مجدالـدين، النهايـة 1399هــ،1979م، المكتبـة العلميـة، بيـروت، لبنـان، ج3،ص270.

(2) القرطبي، شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، 1384هـ/ 1964م، دار الكتـب المـصرية، القاهرة، مصر، ج6، ص266) الشوكاني، محمد بن علي بن محمـد، فـتح القـدير، ج2، ص71.

(3) شلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقـود فيـه، 1403هـ-1964م، ط1،ص414، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان. ص414

(4) (ابو بكر الرازي)، هو أحمد بن علي أبو بكر الرازي الغمام الكبير المعروف بالجـصاص، من علماء الحنفية، ولد سنة 305هــ، تفقه على أبي الحسن الكرخي، سكن ببغداء، واستقر له التدريس فيها، من تلاميذه الخوارزمي والجرجاني شيخ القدوري، من مـصنفاته: أحكـام القرآن، وشرح مختصر أبي الحسن الكرخي، وشرح مختصر الطحاوي، وغيرها، توفي سنة 370هـ.(ابن أبي الوفاء: طبقات الحنفية (ص84)؛ الخطيب: تاريخ بغداد (314/4)؛ ابـن

العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه"[1].

إلى هذا المعنى ذهب كثير من العلماء في تفسيراتهم لكلمة (العقود) الواردة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[2].

وورد في تفسير الطبري في تفسير الآية الكريمة السابقة، يعني اوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم والعقود التي عاقدتموها اياه، واوجبتم بها على انفسكم حقوقاً، والزمتم انفسكم بها لله فروضاً، فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما الزمكم لله[3].

ويذهب اتجاه إلى أنه ينبغي أن يحمل قول من عرف العقد، بأنه كل تصرف شرعي ينشأ عنه حكم شرعي، على أنه المراد بالتصرف القولي، أما التصرف الفعلي الذي ينشأ عنه حكم شرعي كالقتل الذي يترتب عليه القصاص أو الدية، والسرقة التي يترتب عليها الحد، والاتلاف الذي يترتب عليه الضمان، فإن كل واحد منهما، وإن كان تصرفاً ينشأ عنه حكم شرعي، إلا أنه لا يسمى عقداً، لأن المراد بالعقد عادةً وعرفاً التصرفات القولية، وعلى هذا يكون المراد بالعقد بمعناه العام، كل

كثير: البداية والنهاية (297/11)؛ ابن تغرى: النجوم الزاهرة (138/4)؛ الذهبي: سير أعلام النبلاء (341/16).

[1] ابن تيميه، أحمد بن عبد الحليم، نظرية العقـد، 1386هـ ـ/ 1949م، ط1، مكتبـة الـسنة المحمدية، القاهرة، مصر، ص18-21، 78-79. الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص370، أبو زهره، محمد، الملكية ونظرية العقد والتعسف في اسـتعمال الحـق مـن وجهـة الفقـه الإسلامي، 1976م، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، ص200.

[2] سورة المائدة من الآية (1).

[3] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،ج6،ص32. الطبري: جامع البيـان،ج6، ص48. البغـوي: معالم التنزيل،ج2، ص5. ابن الجوزي: زاد المسير ،ج2، ص268. الشوكاني: فتح القـدير، ج2،ص4.

تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء أكان صادراً من شخصين أم أكثر، أو كان صادراً من شخص واحد، والعقد بهذا المعنى العام يراد، اصطلاح الالتزام[(1)].

ثانياً: العقد بالمعنى الخاص:

العقد بمفهومه الخاص يصدق على كل ارتباط بين كلامين أو إرادتين من طرفين، هذا الارتباط يُنشىء آثاراً، وتترتب عليه حقوق متقابلة.

وهذا المفهوم للعقد عبر عنه ابن عابدين بقوله: "العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما"، ونقل في موضوع آخر أن العقد هو ربط أجزاء التصرف أي الإيجاب والقبول شرعاً[(2)].

ويشار هنا أن كثيراً من العلماء اعتمدوا التعريف الأخير في كتبهم[(3)]، كما أن المجلة العدلية تبنت هذه النظرة للعقد، فجاء فيها أن العقد: " تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثرهما في متعلقهما"[(4)]، وهذا التعريف الأخير هو الشائع بين الفقهاء.

[(1)]الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3، ص171- 176. الزحيلي، وهبه بن مصطفى، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر- دمشق، سورية، ج4، ص2918.

[(2)]ابن عابدين، محمد أمين رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار(حاشية ابن عابدين)، ط2، 1412هـ - 1992م، دار الفكر –بيروت،، ج2، ص9.

[(3)]ابن الهُمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ت:861هـ، فتح القدير، الناشر: دار الفكر- بيروت –لبنان، ج3، ص308. الزركشي، بدر الدين ابو عبد الله بن بهادر، ت:794هـ، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، 1404هـ -1985م، وزارة الاوقاف الكويتية، ص397. ابن قدامة: موفق الدين ابو محمد المقدسي، الكافي، ت:620هـ، ط1، 1417هـ - 1997م، عالم الكتب، الرياض، السعودية، ص402. الجرجاني: علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، دار الفضيلة، ص196. البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي الحسيني، قواعد الفقه، ص383.

[(4)]مجلة الأحكام العدلية، مادة 103-104، ص29.

ومن التعريفات السابقة، ومع تنوع عبارة الفقهاء في تعريف العقد إلا أنها تعود في جملتها إلى معنى واحد، وهو ""ارتباط الإيجاب والقبول على وجه مشروع تترتب عليه آثاره الشرعية""[1] . وهو التعريف الأرجح.

وسبب الترجيح: هو أن هذا التعريف يعطي معنى العقد بالفاظ مختصره وموجزة، بالإضافة إلى كونه تعريفاً جامعاً ومانعاً، كما أن هذا التعريف هو المتداول والشائع عند الفقهاء.

شرح التعريف:

ارتباط الإيجاب والقبول على وجه مشروع تترتب عليه آثاره الشرعية.

(ارتباط): الارتباط لفظ عام يشمل الارتباط الحسي كالربط بين شيئين ماديين، كما ويشمل الارتباط المعنوي أو الاعتباري كالربط بين كلامين، أو إرادتين.

(ايجاب بقبول): وبإضافة إيجاب بقبول أخرج الارتباط الحسي، وبقي الارتباط المعنوي، وهو هنا ارتباط الإيجاب بالقبول، والإيجاب هو أول فعل يصدر من أحد العاقدين دالاً على رضاه وجزمه في إنشاء العقد الذي أوجبه الأول، والذي يبدأ في الآخر بعد الإيجاب دالاً على موافقته في إنشاء العقد الذي أوجبه الأول، والذي يبدأ في إنشاء العقد دائماً هو الموجب، والآخر هو القابل، ففي عقد البيع مثلاً لو بدأ المشتري قائلاً: اشتريت اعتبر هذا إيجاباً، وجواب البائع يعتبر قبولاً.

(على وجه مشروع): هذا قيد لبيان ضرورة تحقق ارتباط الإيجاب بالقبول بشروطه الشرعية، وعليه فيخرج به الارتباط على غير الوجه المشروع الذي لم تتحقق فيه الشروط الشرعية.

(يثبت أثره في محله): الأثر هو الحكم الشرعي، أو الحقوق المترتبة على ارتباط الإيجاب بالقبول، ومحلة أي محل العقد كالأموال التي يتبادل المتعاقدان الحقوق فيها، ويخرج بهذا القيد كل ارتباط بين كلامين لا يترتب عليه أثر كالاتفاق

---

[1] الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهـي العـام، 1381هـ ـ - 1961م، ط1، دار الفكـر- بيروت-لبنان، ص277- 278. الفنون المدني الاردني، مادة 87، ص42.

على بيع كل شريك حصته الشائعة من دار لشريكة بالحصة الأخرى المساوية لها؛ إذا لافائدة منه ولا أثر له[1].

***العلاقة بين المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي:**

يلاحظ أن العلاقة بين المعنيين هي علاقة عموم وخصوص، فالمعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي للعقد بمفهومه العام، إذ أن المعنى اللغوي يشمل المعنى الاصطلاحي بمعناه العام، والذي يندرج فيه ما يعقده المرء بارتباط إرادتين، أو بإرادة منفردة، كما ويشمل كل ربط حسي، أما المعنى الاصطلاحي للعقد بمفهومه الخاص فهو أخص؛لأنه لا يشمل إلا ما كان ناشئاً عن توافق وارتباط إرادتين من طرفين فقط[2].

2.1.3 مشروعية العقود في الفقه الإسلامي.

إن العقود لم تظهر إلا بعد الحاجة إليها، فالإنسان في القديم لم يحتج إلى العقود، لأن جميع احتياجاته متوفرة أمامه - لقلتها - لا يمنعه منها أحد. وجاءت العقود في الشريعه الاسلامية، لتسهيل هذه المعاملات بين الناس وتقنينها وحفظ حقوق العباد. وقد ثبتت مشروعية العقود بالكتاب والسنة[3].

- لقد اشتمل القرآن الكريم على آيات تثبت مشروعية العقد، وتأمر بالوفاء به والالتزام بما اتفق عليه المتعاقدان.

- قال الله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [4].

- وقال الله عز وجل: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا [5].

---

[1]. الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ،ج4، ص2918. مجلة الأحكـام العدليـة (ص34 -38)؛ الزرقا: المدخل الفقهي العام ،ج1،ص292

[2]الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص373.

[3]زعتري ، علاء الدين ، النقود وظائفها الأساسية وأحكامها الـشرعية، ،1417هـ- -1996م، ط1، دار قتيبة، دمشق، سورية، بيروت لبنان، ، ص133- 134.

[4]سورة المائدة ،الآية (1).

[5]سورة الإسراء آيه (34).

ووجه الاستدلال من الآيتين: هو ان الله عزوجل أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود والعهود، وان كل مؤمن مسؤول عن وفاءه بالعقد أو اخلافه للعقود وهذا الأمر يدل على مشروعيتها.

وأضاف اللهُ تبارك وتعالى العهد إلى نفسه دلالة على أهمية الوفاء به، قال عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾[1].

• وفي أحاديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم -توجيه للالتزام بالعقود، والحرص على تنفيذها، إذ إن خُلْفَ الوعدِ من النفاق.

- قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " آيةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ إِذَا حدثَ كَذَبَ وإِذَا وعد أَخْلَفَ وإِذَا اؤْتُمِن خَانَ"[2].

ووجه الاستدلال من الحديث الشريف: بأن أحد العلامات التي تدل على نفاق الشخص هي الاخلاف بالوعد، ومن ذلك نستدل على مشروعية العهود والعقود ولا يجوز الاخلال بها فذلك يُعد من النفاق[3].

- وقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " لَا إِيمان لِمن لَا أَمانَةَ لَهُ ولَا دِين لِمن لَا عهد لَهُ"[4].

---

[1] سورة النحل (16)، الآية (91).

[2] البخاري، أبوعبدالله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، ت: 256هـ، ط5، 1414هـ/1993م، مؤسسة علوم القرآن، اليمامة، دمشق، دار ابن كثير، دمشق، في كتاب الإيمان (2) باب: علامة المنافق (23)، رقم الحديث (33)، ج1، ص21 .

[3] الفوزان، صالح بن فوزان، اعاده المستفيد بشرح كتاب التوحيد، ط3، 1423ه/2002م، مؤسسة الرسالة، ج1، ص39.

[4] ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد، ت:354هـ، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، (تحقيق شعيب الأرنؤوط)، 1414هـ -1993م، ط2،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، رقم الحديث:194، ج1، ص422. ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند أحمد، 1421 هـ - 2001 م، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، رقم الحديث: 12383، ج19، ص375-376. النووي، محي الدين او زكريا يحيى ن شرف، صحيح مسلم، ط1، 1415هـ/1994م، دار الحديث القاهرة، في كتاب الإيمان (1) باب بيان خصال المنافق (25)، رقم الحديث (0107 - 59)، ج1، ص322.

وجه الاستدلال: دل الحديث الشريف على أن من كمال إيمان الإنسان التحلي بالأمانة، ومن الأمانة الوفاء بالعهود والعقود، ومنها العقود التي يبرمها الناس بينهم، فدل ذلك على مشروعيتها ووجوب الالتزام بها ورعايتها، مما يؤدي إلى إلى زيادة الثقة بين الناس واستقرار معاملاتهم، ولو كانت العقود غير مشروعة أصلاً لما جاء في الاحاديث نفي على نقضها وانتقاد من لم يفِ بها[1].

3.1.3 الأحكام العامة للعقود

الأحكام العامة للعقود.

وهنا نعرض الأحكام العامة للعقد دون التفصيل، حيث أن هناك أحكام خاصة لكل نوع من أنواع العقود كلاً بحسب تقسيمه ونوعه.

وإذا كان الرضا هو الأساس، فهل هناك حرية في التعاقد واختيار النظام المناسب لإنشاء العقود أم هناك قيود؟

واختلاف الفقهاء في أصل العقود على رأيين هي:

للفقهاء رأيان:

*الرأي الأول: لفقهاء الظاهرية، القائلين بأن الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، بمعنى أن كل عقد لم يثبت جوازُه بنص شرعي، فهو باطل ممنوع[2]، ودليلهم:

1- إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد بينت ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود، وأقامتها على العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقدِ ما يريدون من العقود، وما يشاؤون من تصرفات، وإلا هُدِمت الشريعة[3].

---

(1) الألباني، محمد ناصر الدين، الإيمان الكبير لابن تيميـه، ط5، 1416ه، 1996م، المكتـب الإسلامي، عمان، الأردن، ج2، ص434.

(2) الزحيلي، وهبة،الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص198 - 199.

(3) البعلي، عبد الحميد محمود ، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، 2006م، ط1، مكتبة وهبه، القاهرة –مصر، ص 16 -18.

2- قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "من أحدثَ فِي أمرِنَا هذَا ما لَيس فِيهِ فَهُو رد"[1]، وإذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة فقد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله.

*والرأي الثاني: ذهبوا عامة الفقهاء، القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشريعة، ودليلهم:

1. إن الآيات الكريمة منها: قوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [2]، والأحاديث الشريفة: ومنها قوله صلى الله عليه وسلم" إِنما الْبيعُ عن تَراضٍ"[3].التي ذكرت العقود والتجارة والتبادل لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار.

2. قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [4]، فقد أوجبت هذه الآية الوفاء بكل عقد دون استثناء.

---

[1] - البخاري، الجامع الصحيح المختصر، في كتاب الصلح (57)، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ، رقم الحديث: (2550)، ج2، ص959. النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي ، في كتاب الأقضية (30)، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (8)، رقم الحديث: (1718)، ج6، ص257.

- أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الازدي، سنن أبي داود، دار الحديث، حمص، سورية، الطبعة الأولى (1393هـ/1973)، في كتاب السنة (34)، باب في لزوم السنة (6)، رقم الحديث: (4606)، ج5، ص12.

- ابن ماجه، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت: 273هـ ، سنن ابن ماجه، دار الفكر- بيروت-لبنان،رقم الحديث : (14)، ج1، ص7.

[2]سورة النساء، آيه(29).

[3]رواه ابن حبان، اخرجه ابن ماجه رقم الحديث (2185) ، وابـو محمـد بـن أبـي شـريح الأنصاري في "الاحاديث المائه" (ق2/119)، حكم الحديث صحيح.

[4]سورة المائدة ، الآية رقم (1).

3. يكفي في المعاملات ألا تُحرمها الشريعة؛ استصحاباً للمبدأ الأصولي، وهو: [الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة] [(1)]؛ لأن القصد في المعاملات رعاية مصالح الناس، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحاً.

وبإنعام النظر في هذين الرأيين، ترجح الدراسة الرأي الثاني ومفاده هو: أنه يصح التعامل بعقود جديدة لم تُعرف سابقاً، وذلك إما عن طريق قياسها على ما سبق، أو عن طريق الاستحسان، أو بالأخذ بمبدأ العرف الذي لا يصادم أصول الشريعة، ولا يخالف مبادئ الإسلام.

فالالتزام بالشريعة- وبخاصة في مجال المعاملات- يكون في الأهداف والغايات والمقاصد، أما الوسائل وشكليات العقود، فيمكن أن تتغير إذا كانت تحقق مصالح العباد في المعاش والحياة، وترفع الحرج عنهم؛ بعيداً عن الباطل والحرام[(2)].

إذاً، فالأصل الفقهي في المعاملات هو: الحل، وليس الحرمة، ولا تَحرُم معاملة إلا إذا بانت مخالفتها للنص الشرعي، ولا يبطُل عقد إلا إذا اتضح ضرره[(3)]، فالشريعة لم تحصِر التعاقد في موضوعات يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى[(4)]، وكل ما قيدته الشريعة هو منع الضرر والظلم والاستغلال.

ومن الواضح أن المعاملات المصرفية ليس فيها ما يعوق أو يحول دون تقبلها في إطار الفقه الإسلامي؛ من ناحية كونها عقوداً أو معاملات جديدة غير معروفة

[(1)] الزحيلي، هبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، ، ج4/ص200.

[(2)] الخطيب، محمود بن ابراهيم، النظام الاقتصادي في الإسلام، خصائـصه وأركانـه ونظرتـه لبعض المشكلات الإقتصادية(دراسة مقارنة) ، 1409هـ/1989م ، ط1، مكتبة الحـرمين، الرياض، ص103.

[(3)] أنظر، البهي، محمد، الإسلام في حل مشاكل المجتمعات الإسلامية المعاصـرة، 1398هـ ـ/ 1978م، ط2، دار غريب للطباعة، مصر، ص193.

[(4)] الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام ،ج1، ص298، ابـن تيمـه، نظريـة العقـد، ص49-50. البهي ، الاسلام في حل مشاكل المجتمعات الإسلامية المعاصرة، ، ص193.

عند الفقهاء الأقدمين، وكل ما يجب مراعاته هو التأكد من كون هذه العقود الجديدة لا تنطوي على مخالفة، أو تَعارُضٍ مع مقاصد الشريعة[1] وأهدافها.

فالشريعة جاءت بكل ما فيه خيرُ العباد، وليس في شئ من أحكامها تضييق ولا حرج على الأمة، إذ إن أحد أسس التشريع الإسلامي[2]: عدم الحرج وعدم التضييق.

يشهد لذلك القرآن والسنة النبوية:

* أما القرآن فقول الله تبارك وتعالى: يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ [3].

وقوله عز وجل: مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ [4].

وقوله جل ذكره: وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ [5].

وقد جاءت هذه المعاني السامية ضمن أحاديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

فعن عائشة[6] رضي الله عنها أنها قالت: ما خير رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما فإن كان إثما كان أبعد الناس منه وما انتقم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لنفسه إلا أن تنتهك حرمة الله فينتقم لله بها"[7].

---

[1] الزحيلي، وهبه، أصول الفقه الإسلامي، 1406هـ/1986م، ط1، دار الفكر، دمـشق، ج2، ص1017.

[2] زعتري ، علاء الدين، تاريخ التشريع الإسلامي،1417هـ - -1997م، ط1، دار العـصماء، دمشق، ص68.

[3] سورة البقرة، الآية (185).

[4] سورة المائدة، الآية (6).

[5] سورة الحج ، الآية رقم (78).

[6] أم المؤمنين، زوج النبي في السنة الثانية- صلى الله عليه وسلم -بنت أبي بكر الصديق، أفقـه النساء وأعلمهن بالدين، تزوجها النبي للهجرة، روت عنه (2210)حديثاً، توفيت في المدينـة سنة (58هـ/678م)

[7] -النووي: صحيح مسلم بشرح النووي ، في كتاب الفضائل (43)، باب للآثام واختياره من المباح أسهله (20)، رقم الحديث: (77-2327)،ج 8، ص91. - أبو داود ،سنن ابي داود،

وعن أبي موسى الأشعري*[(1)] قال: كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا بعث أحدا من أصحابه في بعض أمره قال: بشروا ولا تنفروا ويسروا ولا تعسروا"[(2)].

وفي بيان سهولة تعاليم الإسلام، ويسر التشريع، ورفع الحرج، وعدم التضييق، يقول ابن القيم[(3)]: [إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد، في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه،

في كتاب الأدب (35)، باب في التجاوز في الأمر (5)، رقم الحديث: (4785)، ج5، ص142.

- المنتقى من السنن المسنَدة، عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري، مراجعة عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، 1408هـ/1988م، حديث رقم (807)، ص204

(1)* عبد الله بن قيس: صحابي، من الولاة الفاتحين، ولد في زبيد باليمن، وقدم مكة عند ظهور الإسلام فأسلم، وهاجر إلى على زبيد وعدن، ولاّه عمر بن الخطاب البصرة، له- صلى الله عليه وسلم -أرض الحبشة، استعمله النبي (355)حديثاً، توفي بالكوفة سنة (44هـ/665م).

(2) - عمدة القاري شرح صحيح البخاري، في كتاب الأدب، باب قول النبي : يسروا ولا تعسروا وكان يحب التخفيف واليسر على الناس، رقم الحديث: 148، ج22، ص167.

- مسند الإمام أحمد، عن أبي موسى الأشعري، حديث رقم (19757)، 417/4.

- صحيح مسلم بشرح النووي، في كتاب الجهاد والسير (32)، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير(3)، حديث رقم (6)(1732)، 283/6.

- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حديث رقم (5376)، 196/12.

(3) محمد بن أبي بكر (691 -751هـ): من أركان الإصلاح الإسلامي، مولد ووفاته في دمشق، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية، وهو الذي هذّب ونشر علمه، وسجن معه في قلعة دمشق .

وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسوله - صلى الله عليه وسلم - أتم دلالة وأصدقها] [(1)].

وهناك قاعدة تحكم العقود، وتضبط العمليات المالية والأعمال المصرفية لتكون منهاجا لدراسة التطبيقات القادمة، وقد جاءت هذه القاعدة الذهبية في كلام ابن القيم: [الأصل في العقود كلها إنما هو العدل الذي بعثت به الرسل وأنزلت الكتب] [(2)]، قال الله تعالى: (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط)[(3)].

2.3 مفهوم عقود الاستشارة وأنواعها.

مفهوم الاستشارة لغةً واصطلاحاً

مفهوم الاستشارة لغةً.

أولاً: للوصول الى تعريف عقود الاستشارات لا بد من الإشارة الى مفهوم الاستشارات لغةً واصطلاحاً.

الاستشارات لغةً: هي جمع لمفرد استشارة، وأصلها، والمصدر شورى، وجاء في تعريف ابن منظور: (وشار العسل وشيارة ، ومشَارة: أي استخرجه من الوقبة واجتناه؛.. والمُشار: المجتبى .. والمشار بفتح الميم : الخلية يُشتار منها... كما وجاء في التعريف الشارة والشُورة: الحُسن والهيبة واللباس الحسن الجميل،... واستشار أمره: أي بين واستنار، واستشارهُ: أي طلب منه المشورة[(4)].

[(1)]ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ايوب الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 1411هـ- 1991م، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، ص14 - 15.

[(2)]ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العـالمين، 1973م، دار الجيـل-بيـروت-لبنـان، ج1، ص387.

[(3)] سورة الحديد (57)، الآية رقم (25).

[(4)] انظر: ابن منظور، لسان العرب، باب الراء فصل الشين والواو، ج4، ص437، بتـصرف. القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط6، فصل الـشين والألف، 1988م، ص421.

وتأتي الاستشارة بمعنى المراجعة ليرى المستشير رأي مستشاره، فيقال: استشرته بمعنى راجعته لأرى رأيه، والاسم المشورة، وأشار عليه بأمر كذا: أمره به[(1)]. أي أن الاستشارة تأتي بمعنى المراجعة والاستطلاع والاستخراج والاستخلاص[(2)].

الاستشارات اصطلاحاً:

فهي لا تخرج عن المعنى السابق، حيث أن اصل الاستشارة من الشورى، اي ترجع في أصلها الى الإظهار والاستخراج والاستصفاء، وهي مراجعة أهل الرأي والخبرة لاستطلاع واستخلاص واستصفاء الرأي الصواب منهم[(3)].

وقال أبو البقاء الكفوي في قوله تعالى: وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ [(4)].أي استخرج واستطلع آراءهم وأعلم ما عندهم[(5)].

وقال الراغب الاصفهاني:" التشاور والمشاورة: استخراج الرأي بمراجعة البعض إلى البعض"[(6)].

وفي قول ابن العربي المالكي في الشورى وتعريفها بأنها:" اجتماع على الأمر ليستشير كل واحد منهم صاحبه ويستخرج ماعنده في جوانب الحياة[(7)].

[(1)] الفيومي، ابو العباس أحمد بن محمد علي الفيومي، ت:(770هـ)، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص327.

[(2)] بني أحمد، خالد علي، عقود الاستشارات، وتكييفها الفقهي والقانوني، بحث محكم مقبول للنشر في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، عمادة الدراسات العليا، جامعة مؤتة، ص6.

[(3)] بني أحمد، عقود الاستشارات، وتكييفها الفقهي والقانوني، ص6.

[(4)] سورة آل عمران (159).

[(5)] الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسني، الكُليات، ط1، 1412هـ، 1992م، مؤسسة الرسالة، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، ص542.

[(6)] الراغب، الحسين بن محمد الاصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم،1412هـ-1992م، دار القلم، ص470.

[(7)] ابن العربي، محمد بن عبد الله، المالكي، أحكام القرآن ط1،1408هـ - 1988م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج1، ص389

وبالالتفات الى تعريفات المعاصرين للشورى والاستشارة فنجدها لا تخرج عن معناها اللغوي في عمومها، "فالشورى والمشورة بالمعنى اللغوي مترادفان تفيدان معنىً مشتركاً وهو: استطلاع رأي ذوي العقول واصحاب الاختصاص، للوصول الى الرأي الصواب والعمل به،.... هذا مع الاشارة بأن الشارع سبحانه وتعالى استعمل ألفاظاً تدل على معانٍ غير ما اتفق عليه أهل اللغة، فبذلك صار لهذه الألفاظ حقيقة شرعية غير حقيقتها اللغوية... [1].

وعرفها بني أحمد بأنها: "استطلاع الرأي من أهل الاختصاص في جميع شؤون الحياة العامة والخاصة لتحقيق مصالح الدين والدنيا" [2].

وعُرفت الشورى والاستشارة بأنها: " النظر في الأمور من أرباب الاختصاص والتخصص لاستطلاع المصلحة المقصودة شرعاً وإقرارها"[3].

وفي التعريف الأخير للشورى هو:" طلب آراء أهل العلم والرأي في قضية من القضايا"[4].

مناقشة التعريفات الاصطلاحية

في تعريف الاصفهاني اتسم بالعمومية و البعد عن الدقة والخصوصية مما يجعله غامضاً ولا يحدد المفهوم[5]. بالاضافة إلى أن هذا التعريف يكتنفة الغموض، لانه لم يشير بشكل صريح الى أطراف عملية التشاور، وإن كان يصدق على نوعية

---

[1] العوضي، أحمد عبدالله، الحقوق السياسة للرعية في الـشريعة الإسـلامية مقارنـة بـالنظم الوضعية، دار رام للتكنولوجيا، مؤتة، 1415هـ-1995م، ص165، بتصرف واختصار.

[2] بني أحمد، عقود الاستشارات، وتكييفها الفقهي والقانوني،، ص6.

[3] الخطيب، زكريا عبد المنعم، نظام الشورى في الإسلام ونظم الديمقراطية المعاصرة، مطبعـة السعادة القاهرة، مصر، ط 1991م، ص18.

[4] انظر: قلعجي، قنيبي،محمد رواس، معجم لغـة الفقهـاء، 1405هـ - 1985م ، ط2، دار النفائس،ص267.

[5] بني أحمد، عقود الاستشارات، وتكييفها الفقهي والقانوني، ص6.

خاصة من الشورى والاستشارة وهي خاصة باستشارة أهل الرأي والخبرات في المسائل الفنية[1].

وفي تعريف ابن العربي اذ عرف الشورى بقوله:" ليستشير " وهذا لا يصح في التعريفات كما هو معلوم؛ لأنه لم يتسم بالوضوح ووصف هذا التعريف بانه فسر الماء بعد الجهد بالماء"[2].

التعريف المختار

ومن تعريفات الاستشارة يمكن اختيار التعريف الأكثر شمولاً الوارد في معجم لغة الفقهاء، وعرف الاستشارة بأنها:" طلب آراء أهل العلم والرأي في قضية من القضايا"[3]. في هذا التعريف جانب يتعلق بطبيعة الاستشارات حيث توصف بأنها علاقة تفاعلية بين طرفي العقد قائمة على الترابط والتعاقد[4].

وهو معنى اصطلاحي لا يؤديه المعنى العام للشورى، وهو" استطلاع للرأي من أهل الإختصاصات في مختلف جوانب الحياة القضائية والإقتصادية والصحية والإجتماعية والشرعية"[5].

مفهوم عقود الاستشارة

عرف العوضي عقود الاستشارة بأنها:" عقد يلتزم بمقتضاه المستشار بأداء استشارة معلومة، مقصودة مباحة"[1].

---

[1]حديدي، الطيب، الشورى في الإسلام، أهلها ومدى إلزامها، رسالة ماجـستير، 1411هـ - 1991م، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، ص4.

[2]بني أحمد، عقود الاستشارات، وتكييفها الفقهي والقانوني، الحقوق السياسية للرعفي الـشريعة الإسلامية، مقارنة بالنظم الوضعية، ص165.

[3]انظر، بتصرف، قلعجي، معجم الفقهاء،، ص211-212.

[4]العوضي، أحمد عبدالله، عقود الاستشارات، ماهيتها، وأنواعها وأحكامها في الفقه الإسـلامي، ص18.

[5]بني أحمد، عقود الاستشارات، ص6.

وجاء في شرحه للتعريف كالتالي[2]:

(العقد): ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله.

(المستشار): هو محل المنفعة ومؤديها.

(الالتزام): أي أن الاستشارة تصنف من العقود اللازمة.

(الاستشارة): هي المنفعة المقصودة من العقد والتي تصح أن تكون محلاً للتعاقد، وبذل العِوض.

(معلومة): محددة ومعروفة، وبهذا القيد تخرج المنافع المجهولة، فالاستشارة محلها المنافع وليس الأعيان.

(مقصودة): خرج بهذا القيد المنافع التافهة.

(مباحة): خرج بهذا القيد المنافع المحرمة والفاسدة وغير المتقومة أصلاً.

ويمكن تعريف عقود الاستشارات:" بأنها نوع من أنواع العقود تندرج تحت العقود المسماة، وتقوم على أساس الرضائية، وتتوافر فيها أركان ومقومات العقد من العاقدين، والصيغة المعبرة عن الرضا والمحل والبد والمبدل منه[3]"

وجاء في تعريف البراوي لعقد تقديم المشورة بأنه: "اتفاق بين شخصين، أحدهما مهني-يُقال له الاستشاري- متخصص في فرع من فروع المعرفة الفنية، يلتزم بمقتضاه في مواجهة الطرف الآخر- يقال له العميل- ومقابل أجر، أن يقدم على وجه الاستقلال، استشارة ودراسة، هي أداء من طبيعة ذهنية، من شأنها أن تؤثر بطريقة فعالة في توجيه قرارات العميل"[4].

---

[1] العوضي، أحمد عبدالله، عقود الاستشارات ماهيتها، وأنواعها وأحكامها في الفقه الإسـلامي، رسالة ماجستير في الشريعة الاسلامية قسم الفقه الاسلامي، (الطالب ثوعار المهري)، جامعة مؤته، ص18.

[2] العوضي، أحمد عبدالله، عقود الاستشارات ماهيتها، وأنواعها وأحكامها في الفقه الإسـلامي، ص19.

[3] غيث، فتحي، قانون المهندس، ط1، 1960م، دار الحمـامي للطباعـة- القـاهرة-مـصر، ص113.

[4] البراوي، حسن حسين، عقد تقديم المشورة، 1998م، دراسة مقارنـة قانونيـة لعقـد تقـديم الاستشارات الفنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص56.

وقد يكون تقديم الاستشارة بعوض مالي أو بدون عوض مالي، فإذا كان تقديمها بناءً على عقد ودون عوض مالي فإن الإتفاق يكون من قبيل التبرع المشروع والإعانة المشروعة، أما إذا كانت الإستشارات مقابل عوض مالي فإنها تكون من قبيل عقود المعاوضات المالية، وقد لا تخرج عقود الاستشارات عن كونها عقود أجارة ، وذلك لكون المستشار يقدم الاستشارة للمستشير والاستشارة منفعة، وبالمقابل يقوم المستشير ببذل العوض والأجر للمستشار مقابلها، وبالتالي فإنه تنطبق عليها شروط عقد الإجارة وأحكامها[(1)].

أنواع عقود الأستشارات.

تعتبر الإستشارات مطلباً اساسيا في مختلف مجالات الحياة البشرية، ونظراً للتطور الصناعي والتكنولوجي الذي يشهده هذا الزمان أصبحت الحاجة ملحة للإستشارات، فتنوعت وتعددت أنواع الاستشارات، ومن أبرز أنواع الاستشارات وأشكالها حسب مجالاتها[(2)]:

أولاً: الإستشارات الفقهية:

وُيقصد بالاستشارات الفقهية بأنها استطلاع الرأي الفقهي من أهل الاختصاص وأصحاب الخبرات والعلم في مجال الفقه، وقد تكون استشارة العامة للفقاء أو إستشارة الفقهاء لبعضهم البعض، وجاء هذا النوع في منطوق قوله تعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلاَّ رِجَالاً نُّوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾[(3)]، والسؤال هنا يأتي بمعنى الاستشارة في حال عدم العلم بأمر فقهي والبحث عن الصواب والحق، والامر في

[(1)]بني أحمد، عقود الاستشارات، تكييفها الفقهي والقانوني، ص13-14.

[(2)] شبير، محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ط1، 1425هـ - 2004م، دار القلم، دمشق، ص48 -52. بني أحمد عقود الاستشارات، وتكييفها الفقهي والقانوني، ص8-11.

[(3)]سورة الأنبياء، آية (7).

هذه الايه يفيد الوجوب الا اذا صرفه صارف، ودلت الآية على مشروعية الإستشارات الفقهية وهي سؤال أهل الذكر[1].

و في دراسة الفقه لتميز الصواب والحق من الخطأ والباطل مرضاةً لله عزوجل ثواباً لدارسها لما في ذلك منفعةً للمسلمين في معاملات الحياة، فيقول الله عزوجل وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةً فَلَوْلاَ نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُواْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ [2]، ووجه الاستدلال : أن الله عزوجل أمر عموم المسلمين بطلب العلم والسعي له بما في ذلك علم الفقه، والحكم هنا اذا قام به البعض سقط عن الجميع، وفي حال تركوه الجميع أثمو جميعاً، وأمر الشارع بطلاب العلم حتى ينذروا به غيرهم، ويأتي الانذار بصورة الشورى أحياناً[3].

ونجد الاستشارات الفقهية لها مساس مباشر بحياة المسلم وعقيدته الدينية، و لها دور كبير في تصحيح وتصويب المعاملات في شتّى جوانب ومتطلبات الحياة الدينية والاجتماعية والأقتصادية وغيرها، لذلك تُعتبر من أجل أنواع الاستشارات وأوسعها وأسماها[4].

ثانياً: الاستشارات القضائية:

وهي استطلاع الرأي من أهل الاختصاص والخبرة في الشؤون القضائية، من حيث رفع الدعوى ووسائلها وإثباتها وإجراءاتها وجدواها، أو دفع الدعوى أو النطق بالحكم ونحو ذلك، ولأن هذا النوع من الاستشارات يتعلق بإقرار الحق ورفع الظلم وإعادة الحقوق إلى أصحابها، فإنها تعد من أهم انواع واشكال الاستشارات لما في ذلك من حفظ الحقوق للأفراد والجماعات، ويقول الطاهر عاشور: "ومقصد الشريعة من نظام هيئة القضاء كلها في الجملة أن يشمل على ما فيه من إعانة على إظهار

---

[1] الخياط، عبد العزيز، وأمرهم شورى، المجمع الملكي لبحـوث الحـضارة الإسـلامية ، ط1، 1993م، مؤسسة آل البيت، الأردن، ص27-28.

[2] سورةالتوبة، آية 122.

[3] النيسابوري، ابو الحسن علي بن احمد بن محمد، الوجيز في تفـسير الكتـاب العزيـز، ج1، ص305.

[4] بني أحمد عقود الاستشارات، وتكييفها الفقهي والقانوني، ص9، بتصرف.

الحقوق وقمع الباطل الظاهر والخفي"[1]، وفي هذا النوع من الاستشارات امر مشروع لما فيه تحقيق للعدل وكف الظلم ورد الحقوق للعباد، وفي هذا أمر واجب شرعاً يقول سبحانه وتعالى: إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ [2]. وفي الآية الكريمة الاستشارة في مجال القضاء وتحقيق العدل مشروعة وواجبة؛ "لأن ما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب أيضاً"[3].

ثالثاً: الاستشارات السياسية:

وهي استطلاع أهل الخبرة والرأي في مجال وأمور الحكم، وإعلان الحرية والسلام وعقد المواثيق والمهادنات، وغير ذلك من شؤون الحكم ومصالح الافراد والجماعات السياسية، ولأن هذا المجال (السياسة) له علاقة بأمن وأمان وحراسة الأمة وتدبير شؤونها السياسية وحماية دينها فهي تعد من أخطر مجالات الإستشارات وأوسعها[4].

وفي الاستشارات السياسية منفعه للمسلمين وغير المسلمين، واستشار النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه في يوم بدر وأحد والخندق و غيرها من الوقائع التي كانت تختص بالحرب والسلم والشؤون السياسية لأمور الرعية[5]، وسار على ذلك من بعده الخلفاء الراشدون في إدارتهم لشؤون الرعية لما في الاستشارات السياسية حفظاً لأمنهم وأمانهم وتجنب الوقوع بأخطار السياسة[6].

رابعاً: الاستشارات الطبية:

---

[1] ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الـشريعة الإسـلامية، 1421هـ ـ-2001م، ط2، دار النفائس، عمان-الاردن، ص165.

[2] سورة النحل، آية (90).

[3] السبكي ، عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق أحمد عبد الموجود وعلي معـوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص88.

[4] الخياط، وأمرهم شورى، ، ص 18.

[5] ابن هشام، أبو محمد عبد الملك بن هشام المعافري، السيرة النبوية،2001م، تحقيـق محمـد القطب ومحمد بلطه، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت. ج2، ص232-233 و ج3، ص58.

[6] الخياط، وأمرهم شورى، ، ص22-25.

وبها يُقصد استطلاع الرأي الطبي الدقيق فيما يطرأ على الإنسان من اختلالات جسدية أو نفسية، وقد بدت الحاجة اليوم ملحة لهذا النوع من الاستشارات، بل وزادت مع تطور العلوم الطبية والمخبرية والأجهزة الطبية المستخدمة في تشخيص الأمراض وإجراء العمليات الدقيقة التي كانت مستحيلة في السابق،ونظراً للتطور والتقدم الطبي الفني والتقني ووجود قضايا مستجده في كل زمان، أصبح هذا المجال بحاجة إلى العلاج الرباني من واقع الأحكام الفقهية والشرعية كحاجة المريض إلى الطبيب والعلاج المادي، فهي من المسائل الشرعية والقضايا الحتمية التي بحاجة الى الاستشارات من قبل ذوي الشأن والإختصاص. ولأن التطبيب قد أصبح مكلفاً على نحو يضيق المريض وأهله به ذرعاً، كان لا بد من الكشف عن العلل وتشخيصها بشكل بمنتهى الدقة قبل مباشرة العلاج، ولا سيما أن الامر متعلقٌ بحياة الإنسان وأعضائه وهي من المقاصد الضرورية التي يدعو الإسلام لحفظها[1]؛ يقول ابن قيم الجوزية:" الشريعة مبنيةٌ على مصالح العباد، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها"[2]، وقال تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [3] ، ووجه الاستدلال: أن الله تعالى حرم قتل النفس ودعا الى حفظها بكل الوسائل والسبل، وتُعتبر الاستشارات الطبية من تلك الوسائل؛ ولذا كانت مشروعة.

خامساً: الاستشارات الهندسية

هي استطلاع الرأي في مجال التأسيس والبناء والتشييد من أهل الخبرة والإختصاص فيها، وهذا النوع من الاستشارات من الأهمية بقدر لما له من تبعات وخطورة في مجالاتة المتعددة، وتطورات علمية وتكنولوجية في مجالاته، ويُعتبر

---

[1] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني، ص10. شبير ، التكييف الفقهي للوقائع الفقهية المستجدة وتطبيقاته المعاصرة،، ص56-57، بتصرف واختصار. والمقصود بالعلاج الرباني هنا: أي معالجة المستجدات الطبية الحديثة في الطب، بإنزال الحكم الشرعي عليها.

[2] ابن قيم، محمد بن ابي بكر، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ، ج3، ص11.

[3] سورة الإسراء، آية (33).

المهندس الاستشاري هو الركيزة الأساسية والمحور الأساسي للعملية الاستشارية الهندسية، لأنه محل الاستشارة بحكم عمله وأدائه الأساسي فيها[1]، والمهندس الاستشاري إما أن يكون شخصاً بعينه أو عدة أشخاص تجمعهم مؤسسة أو هيئة أو شركة هندسية للاستشارات [2].وأياً كانت من السابق فيجب التحلي بمبادىء الأخلاق والشرف ومراعاة المصلحة العامة، والتميُز بحسن المعاملة والاستقلالية عن المؤثرات في عمله وقراراته[3].

سادساً: الاستشارات الاقتصادية:

وهي عبارة عن استطلاع الرأي من ذوي الخبرات والاختصاص في المجال الاقتصادي، وذلك من حيث كيفية الاستثمار للأموال والتخطيط وإدارة الوضع المالي والموارد بما يحقق مصالح الأفراد والجماعات، وفي ظل التطور والتقدم الاقتصادي وزيادة المشاريع الداعمة لعجلة الاقتصاد؛ فإن الحاجة لهذا النوع من الاستشارات أصبح من ضروريات الحياة الاقتصادية[4].

سابعاً: الاستشارات القانونية.

وهي الاستشارات المتعلقة بالنصوص والقواعد القانونية، وتنتهي إلى إعطاء رأي قانوني معين وحل مناسب لمشكلة أو قضية قانونية تواجه العميل، عن طريق بيان رأي القانون في هذه المسألة بحسب طلب او سؤال موجه من العميل متضمناً وقائع ومعطيات محددة، ويشمل ذلك جميع فروع القانون من مدني وجزائي وعمل دستوري أو إداري ودولي، وغيرها من القضايا القانونية والاستشاري القانوني يُعد خبيراً في المسائل والقضايا القانونية، وعليه أن يُقدم للعميل استشارات واقتراحات تشكل أفضل مركز قانوني للعميل، مستخدماً في ذلك كافة الوسائل القانونية المتاحة،

---

[1] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني،ص10، بتصرف واختصار. شـبير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته المعاصرة، ص52-53، بتصرف واختصار.

[2] حمادي، أحمد حسن، مبادىء الهندسة الإدارية- العقود والمواصفات، ط1، 1968م، مطبعـة شفيق، بغداد، ج4، ص22.

[3] غيث، فتحي، قانون المهندس، دار الحمامي، القاهرة، ط 1960م، 21-23.

[4] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني،ص11.

حتى يتوصل لأفضل توجيه يعين العميل على اتخاذ قراره، واذا كان في مقدوره أن يلجأ إلى القانون من عدمه ومدى نجاح مسعاه فيما لو لجأ إلى القضاء، وتبرز أهمية الاستشارات القانونية في نشر الثقافة بين أفراد المجتمع لتمكينهم من التعرف على حقوقهم وواجباتهم قبل اللجوء إلى المحاكم و القضاء، ولا يخفى على أحد أهمية إستشارة المحامي قبل الإقدام على أي عمل في أي جانب من جوانب الحياة المختلفة، وذلك بسبب كثرة القوانين وتداخلها وتعقدها، حيث أصبح من الصعب على كل إنسان فهمها أو الإلمام بجميع جوانبها،فقط تضيع حقوق الإنسان، أو يُدان نتيجة خطأ كان يمكن تداركه بإستشارة المحامي قبل الإقدام على أي عمل أو تصرف مهما كان نوعه، ولا شك أن الوقاية خير من العلاج، ومن هنا جاءت أهمية هذا النوع من الإستشارات[1].

ثامناً: الاستشارات الإدارية

ويُقصد بها استطلاع الرأي من أهل الخبرة والاختصاص في الأمور المتعلقة بالإدارة، لحل المشكلات الإدارية التي تعترض سير العمل في المؤسسات والشركات وغيرها من المنظمات والمنشآت، سواء المتعلقة بالغايات والأهداف والسياسات والإستراتيجيات، أو بالشؤون المكتبية وشؤون التخطيط والتنظيم، من أجل إيجاد الحلول المناسبة لها، وتطوير الأداء الإداري بما يُحقق أهداف المنظمة ويُلبي احتياجات العملاء على نحو يمكنهم من التفوق وزيادة القدرة الإنتاجية والتنافسية لمؤسساتهم[2].

وقد برزت أهمية الإستشارات الإدارية بسبب تعقد المشاكل التي تعاني منها المنظمات المعاصرة؛ نتيجة لعوامل التطور التكنولوجي والرغبة في التحديث

---

[1] البراوي، حسن حسين. عقد تقديم المشورة، ، ص75، 249-250.

[2] أبو شيخة، نادر أحمد، الاستشارات الإدارية، ط3،(1431هـ-2010م)، دار المسيرة، عمان الأردن. ص9 و ص18-19. إبراهيم، نجيب اسكندر (1985م). الاستشارات الإدارية فـي المجتمع العربي، ص18-19، 49-50، منشورات المنظمة العربية للعلوم الإداريـة، إدارة البحوث والدراسات، عمان، الأردن.

والتغير ومواكبة المستجدات ومتطلبات التنمية، وكبر حجم الشركات والمؤسسات والتوسع بحجم العمل، وظهور التخصصات الدقيقة، وعوامل المنافسة في خدمة المستهلك بتقديم السلعة أو الخدمة بالجودة والسعر المناسب، وتكمن أهمية هذه الاستشارات في حل المشكلات التي تواجه الإدارة وفي تحسين الأداء وتطويره وزيادة الإنتاجية، حيث تمثل حجر الزاوية في عملية التنمية الإدارية، بل تعتبر مكوناً أساسياً من مكونات التنمية الإدارية، فهي السبيل في الكشف عن الاحتياجات التدريبية، وإبراز جوانب القصور في سير العمل والاداء في المنشآت المختلفة، وذلك من أجل تحسين وابتكار الأساليب والوسائل الفنية والسلوكية التي تساعد على تقدم المنشآت وتطوير الإدارة[1].

ويوجد هناك أنواع أخرى من الاستشارات، تهتم بجوانب مختلفة من الحياة البشرية : كالاستشارات الرياضية، والاستشارات الفنية، واستشارات التغذية، والاستشارات الاجتماعية والأسرية، والاستشارات الأعلامية.

3.3 حكم عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي وآثارها الشرعية.

1.3.3 حكم عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي.

حكم عقود الاستشارات

تُعد الاستشارات بمفهومها وانواعها السابقة مشروعة في الإسلام وحكمها يكون كالآتي:

---

[1] زيتون، فتحي،عوامل نجاح الخدمة الاستشارية، (1978م)، ص8، 13، 25-27، 29-30، 44، الناشر:المنظمة العربية للعلوم الإدارية، مركز البحوث الإدارية، عمان-الاردن. بوحوش، عمار. الاتجاه الحديث للاستشارات، 1981م، الناشر:المنظمة العربية للعلوم الإدارية، عمان، الأردن، ص17، البراوي، عقد تقديم المشورة، ، ص128، 199-200.

قد تكون الاستشارات واجبة في حق ولي الأمر الموكل بإدارة شؤون البلاد والرعية، مثل إعلان الحرب، وإقامة السلم، وعقد العهود والمهادنات، وكل أمر يتعلق بأمن وأمان الدولة، وحفظ كيانها، وسيادتها، وسلامها[1].

ومن الاستشارات ما لا يتم الواجب الا بها، كاستشارة الطبيب فيما فيه حفظ النفس، واستشارة الاقتصادي فيما فيه حفظ المال، واستشارة المهندس فيما فيه حفظ نفس ومال وغير ذلك[2].كالاقدام على إنشاء نادي ترفيهي وثقافي للأطفال حيث يتطلب هنا من الاستشاري حفظ النفس والمال معاً، وتكون الاستشارة مندوبة في تحقيق الأمور المندوبة وما لا يتم المندوب إلا بها، ومثال ذلك استشارة المهندسين في تحديد المواقع التي يمكن إقامة المشافي عليها وطبيعة مرافقها، واستشارة الاقتصاديين في المشاريع والخطط التنموية التي تحقق مصالح للأفراد والجماعات[3].

وتُعتبر الاستشارات مُحرمة فيما إذا كان فيها عون لوقوع مُحرم، كالاستشارة في قتل إنسان أو سلب مال ونحوهما، وذلك استدلالاً بقوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [4]، وعليه يجب أن تكون في الاستشارة تقديم منفعة للمستشير وبالتالي فيها عون للأفراد والجماعات، فيجب أن تكون إعانةً في الخير لا في الشر والإثم.

التكييف الفقهي لعقود الاستشارات

---

[1] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني ص8، بتصرف واختصار. خـلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه،1423هـ - 2003م، دار الحديث، القـاهرة، ، ص185 - 191.

[2] الثعالبي، عبد الرحمن محمد بن مخلوف، الجواهر الحسان، ط1، 1418ه- 1997م، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج1، ص327.

[3] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني ص8. ابن قدامة، أبو محمـد موفـق الدين عبد الله بن أحمد ، المغنى، دار الكتب العلمية، بيروت، ج14، ص 26.

[4] سورة المائدة، آية (2).

قد تكون الاستشارة من قبيل التبرع والمساعدة المشروعة، أي يقدمها المستشار لصاحب المنفعة بدون مقابل او عوض مالي وبدون عقد بينهما[1]، يقول الله عزوجل ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[2]، ووجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر في الآية الكريمة المسلمين بالتعاون على البر وحث عليه، وتُعد تقديم الاستشارة للمحتاجين شكل من اشكال التعاون على البر.

وإما ان تكون الاستشارات مقابل عوض مالي، وهنا تُعد الاستشارة شكلاً من أشكال عقود المعاوضات المالية، وفيها يكون تبادل للحقوق أي منفعة مقابل منفعة يأخذ كل من الطرفين شيئاً ويعطي شيئاً مقابله. وذلك كالاستشارات الهندسية والطبية والقانونية وغيرها من عقود الاستشارات التي تقوم على أساس الرضائية وتقديم العوض المالي للمستشار ووتوافر فيها اركان العقد ومقوماته من العاقدين والصيغة المعبر عن الرضا والمحل والبدل والمبدل منه[3]، ويلتزم المستشار بموجب العقد بتقديم الالتزامات التي تترتب على صيغة العقد بينهما، وفقاً لمقتضيات الاستشارة ويستمر الأمر بين المستشار والمُستشير إلى وقت تحقيق الهدف والغاية المرجوة من الاستشارة[4].

وبالنظر الى عقود الاستشارات من حيث مسماة وغير المسماة، فإن أساس هذا التقسيم مرتبط بأمرين[5]:

---

[1] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني ص13،بتصرف، الشاطبي، إبـراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الأحكام، دار الفكر، بيروت، ج2، ص129-130.

[2] سورة المائدة، آية (2).

[3] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني ص14، بتـصرف، غيـث، فتحـي، قانون المهندس، ، ص113.

[4] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني ص14، السنجقلي، عادل عزت، عقود الاستشارات الهندسية، منشورات مرز البحوث والدراسات القانونية، بغداد-العراق،ص20.

[5] سعد، نبيل ابراهيم، العقود المـسماة، عقـد البيـع، ط2، 2004م، دار الجامعـة الجديـدة، الاسكندرية. ص8.بتصرف واختصار.

الأول: مبدأ سلطان الإرادة، حيث أن الارادة حرة في إقامة ما تشاء من عقود وتحديد المضمون بالعقود، وغاية كل من الطرفين من انعقادها.

الثاني: مبدأ انتشار العقد وذيوعه بين الناس، وذلك أن حاجات الناس متجددة مما يتطلب استحداث انواع من العقود لم تكن معروفة من قبل.

وعقود الاستشارات تُعتبر من العقود المستجدة في وقتنا الحالي، نلاحظ أن ليس لها ذكر في المدونات الفقهية القديمة، وقلتها في المدونات الفقهية المعاصرة، إلا انها يمكن أن تتكيف فقهياً بالنظر الى طبيعتها ومقوماتها ومقاصدها، وهنا يمكن القول: أن عقود الاستشارات هي من قبيل عقود الإجارة (الوكالة بأجر)، وذلك لكون المستشار يقدم الاستشارة للمستشير والاستشارة منفعة، وبالمقابل يقوم المستشير ببذل العوض والأجر للمستشار مقابلها، وبالتالي فإنه تنطبق عليها شروط وأحكام عقد الإجارة. هذا ولا يتعدى عقد الاستشارة عن كونه عقد إجارة سواء أكان محل العقد تقديم الاستشارة فقط أم كان مقترناً بتقديم عمل آخر كالإشراف والمراقبة، أو تنفيذ عمل ما، أو تنفيذ فحوى الاستشارة ونحوه[1].

والإجارة لغةً: بكسر الهمزة، وحُكي فيها الضم والفتح، وهي مصدر أجرة يؤجره إجارةً، فهو مأجور، والأجر هو الجزاء على العمل، والجمع أجور[2].

أما الإجارة في الإصطلاح:

فقد عرفها الحنفية بأنها: "عقد على المنافع بعوض"، أو عنها بقوله: تمليك المنافع بعوض[3].

---

[1] بني أحمد، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني، ص15.

[2] ابن منظور، لسان العرب، باب الراء فصل الألف و الجيم، ج4، ص10.

[3] الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي ، تبيين الحقائق شرح كنـز الرقـائق، ط1، دار الكتـب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق: أحمد عز ، ج6، ص77، السمرقندي، ناصر الدين، محمد بن يوسف الحسني، الفقه النافع، ط مكتبة العبيكان، الرياض، تحقيق: ابراهيم بن محمد العبـود، ج5، ص119، نظام الدين وجماعته، الفتاوي الهندية، ط دار إحياء التراث العربـي للنـشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط 4، ج4، ص409، ابن عابدين ، محمد أمين، رد المحتار علـى الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ، ط1، 1415هـ - 1994م، ج1، ص4.

وعرفها الشافعية: بأنها "عقد على منفعة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"[(1)].

وقال الحنابلة: الإجارة: "عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم بعوض معلوم"[(2)]، وقال الحنابلة أيضاً بأنها " بيع المنافع"[(3)]. وعند المالكية هي:" تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض"[(4)].

2.3.3 الأحكام العامة المترتبة على عقود الاستشارات.

يترتب على عقد الاستشارة جملة من الأحكام الشرعية أبينها على النحو التالي:

[(1)] الشربيني، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب، ت: 977هـ، مُغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، 1415هـ-1994م، الناشر: دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنـان، ج2. ص332، بجيرمي الشيخ سليمان، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، 1398هـ - 1978م، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج3، ص172، الجمل، الشيخ سليمان، حاشية الجمل على شرح المنهج، ط دار إحيـاء التـراث العربـي، بيـروت، لبنـان، ج3، ص531، الشرواني و العبادي، عبد الحميد قاسم وآخرون، حاشية الشرواني والعبادي علـى تحفة المنهاج، ج6، ص121.

[(2)] البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، (تحقيق محمد نزار تمـيم، هيثم نزار تميم)، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ج2، ص302-303.

[(3)] ابن قدامة، موفق الدين المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد بن عبـد الفتاح، دار العقيدة، ج2، ص207، التنوخي، زين الدين عثمان بن المنجي، الممتـع شـرح المقنع، ط3، 1424هـ-2003م، تحقيق عبد الملك بـن دهـيش، مكتبـة الأسـدي، ج2، ص745، ابن النجار، محمد بن أحمد عبد العزيز، معونة أولى النهى شرح المنتهـى، ط4، 1428هـ -2007م، مكتبة دار البيان، دمشق، ، ج6، ص100.

[(4)] الدردير، سيدي أحمد أبي البركات، الشرح الكبير على حاسية الدسوقي، البابي الحلبي القاهرة، ط4، ص4، الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهـب الجليـل لـشرح مختصر خليل، ط3، 1413هـ - 1993م، دار الفكر، بيـروت، لبنـان، ، ج5، ص389، الصاوي، الشيخ أحمد، بُلغة السالك لأقرب المسالك، على الشرح الصغير للـدردير، ضـبط وتصحيح محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج3، ص466-467، الأزهري، صالح عبد السميع الآبي، جواهر الاكليل، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ج2، ص 184.

1- أن يلتزم المستشار بتقديم الاستشارة للمستشير وفقاً لموجب العقد، كما يلتزم المستشير بدفع الأجر، والعوض المتفق عليه، فإذا أمتنع أحدهما عن القيام بإلتزامه ألزمه به القضاء[1].

2- إن الاستشارات التي لا تؤدي غرضاً مشروعاً لا يستحق العوض عليها لبطلانها، وذلك كما لو كانت الاستشارة لقتل نفس بغير حق أو سرقة مال أو إتلافه نحو ذلك[2].

3- إن فوات غرض الإستشارة يفوت به وجوب دفع العوض المستشير قياساً على فوات منافع الدار بإنهدامها، إذ يفوت به وجوب دفع الأجرة عن المدة المتبقية، فمثلاً لو تنازل صاحب الدعوى عن الدعوى القضائية قبل إبداء المستشار القانوني رأيه فإنه لا يستحق الأجر المتفق عليه في العقد لفوات غرض الاستشارة [3].

4- إن عقد الاستشارة عقد لازم عند الجمهور، وذلك باعتباره نوعاً من عقود الإجارة[4]، لكنهم اختلفوا في فسخه بالعذر الطارئ ؟ فذهب مالك[5]، والشافعي[6].

---

[1] الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،، ج6، ص80-81. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 292-294. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، 1410هـ-1990م، دار المعرفة، بيروت، ج4، ص30-31. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص27، 23-29. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، ص174-211، 177-212. ابن حزم،ابو الفضل احمد بن علي، المحلي بالآثار، دار الفكر – بيروت، ج7، ص414.

[2] الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص118-119. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج5، ص378. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص28-29.

[3] الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص156. الشافعي، الأم، ج4، ص29. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص28-29. ابن حزم، المحلي بالآثار، ج7، ص4.

[4] الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص159-160. الشافعي، الأم، ج4، ص29. البهوتي، كشاف الإقناع، ج3، ص28-34، 29. ابن حزم، المحلي بالآثار، ج7، ص10.

[5] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 294. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج5، ص378.

[6] الشافعي، الأم، ج4، ص29.

وأحمد وسفيان الثوري[1]، إلى أنه لا يفسخ إلا بما تفسخ به العقود اللازمة كوجود العيب ونحوه[2]، في حين ذهب أبو حنيفة إلى أن عقد الإجارة يفسخ للعذر الطارئ[3].

5- إن المستشار باعتباره أجيراً إما أن يكون مستشارا مشتركا يقدم الاستشارة للجميع دون أن يقتصر على واحد بعينه، فيأخذ أحكام الأجير العام كما في الأحوال التي تفتح فيها مكاتب مختصة بالاستشارات، أو أن يكون مستشاراً يعمل لدى جهة بعينها دون غيرها ، فيأخذ أحكام الأجير الخاص وتكون يده هنا يد أمانة ، لا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر ، فإذا ترتب على الاستشارة التي قدمها المستشار تلف أو خلل أو خلل أو ضرر للمستشير وكان مستشاراً خاصاً فإنه لا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر[4]، فإن كان المستشار مشتركاً فإنه يجري عليه خلاف الفقهاء في تضمين الصناع، حيث يرى الإمام أبو حنيفة أنه لا يضمن لان يده يد أمانة[5]، ويضمن عند الصاحبيين من الحنيفة [6]، والشافعية في قول[7]، والحنابلة[8]، لأن العمل تعلق بذمته لا بعينه، فيضمن ما تلف بعمله ولو بخطئه، لأن عمله مضمون عليه ، لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل[9]، ولا يضمن عند زفر من الحنفية[1].

---

[1]البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص28-34، 29. ابن حزم، المحلي بالآثار، ج7، ص10.

[2]ابن رشد، بداية المجتهد ونهايـة المقتـصد، ج2، ص 294. الـشافعي، الأم، ج4، ص29. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص28-29،34. ابن حزم، المحلي بالآثار، ج7، ص10.

[3]الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص159-160. ابن رشد، بدايـة المجتهـد ونهاية المقتصد، ج2، ص 294.

[4]الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، الاختيار لتعليل المختـار، 1356 هـ - 1937 م، لحلبي - القاهرة، ج3، ص57. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقنـاع، ج4، ص39-40.

[5]الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص 139.

[6]الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص139.

[7]الشربيبي، مغني المحتاج، ج2، ص352.

[8]البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص40.

[9]البهوتي، كشاف القناع، ص40-44.

6- إذا كان عقد الاستشارة فاسداً ينظر: فإن لم يتم استيفاء الاستشارة لا يثبت بها أجرة، وإن تم استيفاؤها وجب أجرة المثل[2]. حيث اختلاف الفقهاء في ذلك ، فذهب الجمهور من المالكية[3].والشافعية[4]، والحنابلة[5]، وزفر من الحنفية[6].

إلى وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ عند فساد عقد الاستشارة[7]، في حين ذهب الحنفية إلى التفصيل في ذلك فقالوا: وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ حال فساد الأجر والمسمى وعدم تسمية الأجرة، ويجب الأقل من المسمى أو المثل حال فساد الاستشارة بغير السببين السابقين[8].

7- إذا كان عقد الاستشارة باطلاً لا يلزم به شيء[9].

8- إذا أطلق المستشير للمستشار العمل فله أن يحيل الاستشارة إلى غيره، لأن المستحق مطلق الاستشارة، ويمكن إيفاؤها بنفسه أو بغيره، وإذا اشترط المستشير عليه العمل بنفسه فليس له أن يحيلها إلى أخر، لأن الاستشارة تختلف باختلاف شخص المستشار من حيث الكفاءة والأمانة والقدرة ، فتتعين على المستشار[10].

---

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص56-57.

(2) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص60. البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص55. ابـن جزى، أبو القاسم، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ص240.

(3) ابن جزىء، القوانين الفقهية، ص358.

(4) الشربيبي، مغني المحتاج، ج2، ص226-229.

(5) ابن قدامة، عبدالله بن أحمد ت(620هـ)، المغني على مختصر الخرقي، ط2، 1424هـ ـ ـ ، دار الكتب العلمية، بيروت، ج5، ص226-229.

(6) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص92-93.

(7) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص92-93. الشربيبي، مغني المحتـاج، ج2، ص358. ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج5، ص226-229. ابن جزىء، القوانين الفقهية، ص 240.

(8) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9، ص92-93.

(9) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين شرح العناية علـى الهدايـة، دار الفكـر- بيروت-لبنان، ج9، ص98. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص62.

(10) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص95.

9- يتم تحديد الأجور في عقود الاستشارة عادة وفق المساومة والاتفاق بين الاستشاري وصاحب العمل، فإذا حدد الأجر بالاتفاق لم يجز تخفيضه بدعوى ارتكاب المستشار خطأ لم يثبت من جانبه، فإذا لم يحدد الأجر ابتداء صير إلى أجر المثل[1].

وينتهي عقد الاستشارة بما يأتي :

1- انتهاء مدة العقد أو فراغ المستشار من تقديم الاستشارة، وتحقق غرض العقد.

2- موت أحد العاقدين، وينطبق عليه الخلاف الفقهي، إذ لا ينفسخ وإنما يورث على رأي جمهور الفقهاء مالك[2]، والشافعي[3]، وأحمد وإسحاق وأبي ثور[4]، وحجتهم أنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد العاقدين[5].

في حين ينفسخ على رأي أبي حنيفة لأن الاستشاري إذا توفي وكان شخصاً فرداً انتهى العقد بصورة تلقائية وأنحصر حق الورثة في المطالبة بالمبالغ المستحقة للاستشاري المتوفى عن العمل المنجز، أما إذا كان عمل الاستشاري مع مجموعة مستشارين فإن وفاته لا تؤثر في العقد، بل يستمر التزام الشركاء الباقين بذلك، وعليهم مواصلة العمل وانجازه وفق شروط العقد[6].

3- فوات محل الاستشارة وهلاكه[7].

---

[1] الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، در الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص175 وما بعـدها. الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، 1419 هـ -1999م، دار الكتب العلمية، بيـروت، ج7، ص392. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القـانون المـدني، ط1، 1964م، دار النهضة، القاهرة، مصر، ج7، ص189.

[2] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص295.

[3] الشافعي، الأم، ج4، ص36.

[4] البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص34-35.

[5] ابن رشد، بداية المجتهـد ونهايـة المقتـصد، ج2، ص295. الـشافعي، الام، ج4، ص36. البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج3، ص34-35.

[6] الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص64. الشربيبي، مغني المحتاج، ج2، ص357.

[7] الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص159-160. ابن رشد، بدايـة المجتهـد ونهاية المقتصد، ج2، ص294.

4- حلول العذر الطارئ على عقد الاستشارة حيث يفسخ به عند الحنفية[1]، ولا يفسخ به عند الجمهور[2].

---

[1] الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود ت(683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1426هـ-2005م، ج2، ص64.

[2] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص294. الشافعي، الأم، ج4، ص29. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص28-34، 29. ابن حزم، المحلى بالآثار، ص10.

الفصل الرابع

اركان الضمان وتطبيقات المسؤولية الجنائية المترتبة على الإخلال بعقود الإستشارات

1.4 اركان الضمان

حتى نتمكن من الحديث عن ضمان ما يتلف بسبب الخطأ، لا بد من توافر الأركان العامة للضمان بصفة عامة، وهذه الاركان هي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أولاً:ركن الخطأ:

نال الخطأ اهتماماً كبيراً في الفقه الاسلامي باعتباره ركناً في الضمان أوالمسئولية؛ لذاك لا بد من تعريف الخطأ لغةً واصطلاحاً.

الخطأ لغةً: ضد الصواب، وهو اسم من أخطأ مُخطيء وأخطأ إذا أراد الصواب فصار إلى غيره، فيقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل غير الصواب أخطأ، وأخطأه الحق إذا بعد عنه، وأخطأه السهم تجاورزه ولم يصبه، ويقال أيضاً أخطأ الطريق إذا عدل عنه [(1)].

كما يراد بالخطأ أيضاً ما لم يتعمد وهو ضد العمد فيقال أخطأ إذا لم يتعمد، كما يقال لمن يذنب على غير عمد[(2)]. وبذلك يكون الخطأ هو ما ليس للإنسان فيه قصد[(3)].

[(1)]انظر:المصباح المنير، للفيومي.، ص188.

[(2)]انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص1193. الفيومي، أحمد بن محمد علي، المصباح المنير،، ج1،ص187-188. الرازي، أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، الصحاح، 1420هـ - 1999م، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ص75.

[(3)]الجرجاني ، الامام علي بن محمد علي، التعريفات، ط1، 1983م-1403هـ، دار الريان للتراث، بيروت-لبنان، ص72.

أما الخطأ إصطلاحاً: فقد عُرف بأنه: ما أصبت مما تعمدت غيره[1]، وذلك كأن يرمي سهماً إلى صيد فيصيب آدمياً[2].

وعُرف بأنه "مالا قصد فيه للفاعل كما لو سقط على غيره، أو مالا قصد فيه للفعل إلى الشخص كمن رمى صيداً فقتل إنساناً[3].

ثانياً: ركن الضرر.

الضرر لغةً: ضد النفع وضاره –بالتشديد- بمعنى ضره، والاسم الضرر، الضُر هو الهزال وسوء الحال، والمضرة خلاف المنفعة، وضره يضره ضراً، وضر به وضاره مضارة وضراراً والضرار المضارة[4].

والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، أما الضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه، وقيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع انت به، والضرار أن تضره من غير أن ينتفع، وقيل الضرر والضرار بمعنى واحد[5].

أما الضرر اصطلاحاً:

فهو "إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً"[6].

---

[1]السرخسي، ابي بكر محمد، المبسوط، دار الفكر، ج26، ص166. علي محمد، علي عبـده، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ط1، 2008م، دار الفكـر الجـامعي ، مـصر- الاسكندرية ، ص1.

[2]علي محمد، علي عبده، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ، ص149. الزحيلي، وهبة بن مصطفى، نظرية الضمان،ط2، دار الفكر-دمشق-سورية، ص23.

[3]الصنهاجي، الامام شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس، الذخيرة، دار الغربي الاسلامي، ج12، ص280. علي محمد، علي عبده، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ص2

[4]الرازي، محمد بن ابي بكر، مختار الصحاح، ، ص159.

[5]ابن منظور ، لسان العرب، ج4، ص482 . الفيومي، المصباح المنير، ج 2، ص6

[6]أحمد، سليمان محمد، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي، ط1، 1985م، مطبعـة الـسعادة، جامعة الأزهر-مصر، ص158. سـراج، محمـد أحمـد ، ضـمان العـدوان فـي الفقـه الاسلامي،ط1، 1993م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ص155.

وقد يكون الضرر مادياً يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله، او مادياً يصيب الانسان في جسمة مثل الجراح وما يترتب عليه من تشوية فيه، أو عجز عن عمل أو فقد عضو، او ضرر قد يؤدي الي فقد الحياة[(1)].

ومع وضوح هذا التعريف وشموله للضرر المادي الذي يصيب الشخص في نفسه وجسمه وماله الا انه يجب الاشاره إلى التقييد بالضرر الذي يوجب التعويض كركن في الضمان أو المسؤولية بكونه غير مشروع لأن الضرر إذا كان مشروعاً فلا يستحق المضرور تعويضاً عما أصابه[(2)].

وذلك كمن كان في حالة دفاع عن عرضه او ماله أو نفسه، فإن الضرر الذي يصيب الشخص المعتدي لا يستوجب التعويض وذلك لكون الدفاع مشروعاً. وركن الضرر هو أمر بِدِهي لأنه إذا لم يحدث ضرر فلا وجه لقيام الضمان وذلك لأن اساس الضمان هو جبر الضرر الذي وقع، كذلك فإن قيمة الضمان تتقدر تبعاً لما حدث من ضرر فيتعذر- تقدير الضمان[(3)].

والأضرار المادية والتي منها الجناية على النفس وما دون النفس السابقة الذكر هي من الأضرار التي يتحقق بها الضمان وقد يكون عمداً أو خطأ إلا أنه في حال العمد يُزاد أن المتعمد يستحق التعزيز[(4)].

ففي الاضرار الواقعة على النفس الاصل أن فيها القصاص إذا وقعت عمداً وإلا ففيها الديات أو الأروش أو حكومة العدل في أحوال الخطأ أو العفوعن القصاص.

---

(1) الخفيف، علي، الضمان في الفقه الاسلامي، ، ص46. علي محمد، علـي عبـده، الأخطـاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ص149.

(2) الشامي، محمد حسين علي، ركن الخطأ في المسئولية المدنية، 1990م، دار النهضة، القاهره، ص501. علي محمد، علي عبده، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ص149.

(3) علي محمد، علي عبده، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ص152.

(4) الصنهاجي، الذخيرة، ج12، ص259. المرداوي، علاء الدين، الانصاف، ط2، دار إحيـاء التراث العربي، ج6، ص216.

وقد قُسم الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده باعتبار المحل إلى قسمين: القسم الأول: ما يقع على النفس أي أن تذهب النفس كلها ومنه القتل، اما القسم الثاني: فهو ما يكون محله ما دون النفس كقطع الأعضاء والأطراف والجروح[1].

ثالثاً: ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

السبب لغةً: "هو كل شيء يتوصل به إلى غيره، بمعنى أن كل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سبب كالطريق الموصل الى المكان المقصود"[2].

أما اصطلاحاً:" فهو عبارة عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم المطلوب"[3].

وقيل: "هو مقدمة يعقبها مقصود لا يوجد إلا بتقدمها"[4].

وذلك بمعنى أن الخطأ مقدمة يعقبها ضرر فلا يوجد الضرر إلا إذا تقدمه الخطأ، وهذا يعني أن وقوع الضرر نتيجة للخطأ يوجد بينهما ارتباط كارتباط النتيجة بالسبب، وهذا أحد الاركان العامة للضمان[5].

والسبب في جعل هذه العلاقة ركناً في الضمان أن هذه العلاقة هي الرابط الذي يربط الفعل الحاصل من المخطئ بالنتيجة التي يسأل عنها وهي ما وقع من ضرر[6].

---

(1) البغدادي، غانم بن محمد ، مجمع الـضمانات، دار الكتـاب الاسـلامي، ص147. الفتـاوي الهندي، للجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ج5، ص128. ابو صد، عمـاد أحمد، مسؤولية المباشر والمتسبب (دراسة مقارنة بالشريعة الإيلامية والقانون المدني)، ط1، 2011م/1432هـ، دار الثقافة ، عمان/ الاردن، ص157.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص458. المصباح المنير ،ج1، ص281. مختار الصحاح، ص119.

(3) السرخسي، أبو بكر محمد بن احمد، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص301.

(4) ابو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ، قواطع الأدلة فـي الأصـول، دار الكتب العلمية، ج2، ص272.

(5) شنب، محمد لبيب، دروس في نظرية الالتزام، 1977م، دار النهضة العربية، ص335. علي محمد، علي عبده، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ص151.

(6) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي،، ج1، ص463. علي محمـد، علـي عبـده، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ص156.

وهذه العلاقة قد تكون مباشر إذا كان الضرر نتيجة مباشرة لوقوع الخطأ فلم يفصل بينهما شيء، وقد تكون غير مباشرة مع وجود الارتباط بين الخطأ والضرر وذلك حينما يكون الخطأ سبباً في وقوع الضرر، واهتم الفقهاء بتحديد وتمييز حالة المباشر عن المتسبب لإظهار العلاقة بين الفعل والنتيجة[1].

أولاً: تعريف المباشر

عرفه الحنفية بأنه حصول التلف بفعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر[2].

وعرفه المالكية بأنه ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط[3].

أما الحنابلة فقد ذكروا امثلة على المباشر للتوضيح دون تعريفها

ومثال ذلك: اذا سقط انسان من مكان مرتفع على جالس فقتله. أو كأن ينقلب النائم على انسان فقتله[4].ويتبين من خلال ذلك أن علاقة السببية تظهر بين الفعل الذي يحدث من المباشر وبين النتيجة التي حدثت متى ترتبت هذه النتيجة على الفعل الذي قام به المباشر.

ثانياً:تعريف التسبب

وعن تعريف التسبب فقد عرف الحنفية المتسبب بأنه:"الفاعل للسبب المفضي لوقوع ذلك الشيء"[5].

---

[1] المحاقري، اسماعيل محمد، الاعفاء عن المسؤلية المدنية في القانون المدني اليمنـي مقارنـاً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، ص93. علي محمد، علي عبـده، الأخطـاء المشتركة وأثرها على المسئولية، ص157.

[2] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ج1، ص91. الحمـوي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، 1405هـ - 1985م، دار الكتب العلمية، بيروت ج1، ص446.

[3] القرافي، شهاب الدين، أنوار البروق في أنواع الفـروق،ط1418هـ - 1998م، دار الكتـب العلمية-بيروت، ج1، 204.

[4] الكاساني، الامام علاء الدين، بدائع الصنائع، مطبعة الامام، ج1، ص4702.

[5] درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج5.ص 495.

وعرفه المالكية بأنه: "ماحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة"[1].

وعرفه الشافعية بأنه "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله"[2].

أما الحنابلة فلم يذكروا تعريفاً للتسبب وإنما ذكروا أمثلة لحالة التسبب.

ومثال ذلك حفر البئر في الطريق العام بدون إذن الإمام، أو حفر البئر في ملك الغير بدون إذنه فيقع فيها إنسان فيموت ففي هذا المثال لا يعد الحفر قتلاً حقيقياً وإنما هو سبب للقتل[3].

الأصل العام للضمان في المباشر والتسبب:

وضع الفقهاء قاعدة عامة لضمان المباشر والمتسبب وهي أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً[4] ومع أن الفقهاء وضعوا هذه القاعدة إلا أنهم لم يسهبوا في أمثلة المباشر بالقدر الذي ذكروه في التسبب ولعل ذلك يرجع إلى وضوح المباشرة، ولكونها لا تشكل في العمل خلافات في التطبيق، بالإضافة إلى أنها لا تثير شبهة في اسناد الضرر إلى الفاعل بناءً على أن المباشرة متصلة بالفعل اتصالاً وثيقاً دون فاصل يقطع نسبته إلى الفاعل[5].

---

[1] القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس ، الفروق، ، ج1، ص204.

[2] الشرقاوي، عبدالله بن حجازي ، حاشية الشرقاوي، 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج4، ص360.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص4709. الأزهري، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح ، ج2، ص148. ابن قدامه، المغنى، ج9، ص499.

[4] البغدادي، غانم بن محمد ، مجمع الضمانات، ، ج1، ص354.

[5] حلمي، محمد صلاح، اساس المسئولية التقصيرية، ص215.

وفي ما يخص ذلك من أمثله ذكر الكاساني[1].في ضمان المتسبب ما يفيد أنه يضمن بالتعدي لا بالتعمد حيث يقول(..... وأما الثاني[2]. فنحو جناية الحافر ومن في معناه فمن يحدث شيئاً في الطرق أو المسجد وجناية السائق والقائد وجناية الحافر وجناية الحائط.... لأن الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبب إلى القتل إلا أن التسبب قد يلحق بالقتل إذا كان المسبب متعدياً في التسبب) .

وكما يقول الإمام السرخسي (وإذا وضع الرجل في الطريق حجر أو بنى فيه بناءً أو أخرج من حائطاً جذعاً، أو صخرة شاخصة في الطريق أو اشرع كنيفـاً أو وضع في الطريق جذعاً فهو ضامن لما أصاب من ذلك لأنه، سبب الهلاك ما تلـف بما أحدثه، وهو متعد في هذا التسبب) [3].

وفي موضع أخر يقول السرخسي (... وإذا احتفر الرجل نهراً في ملكـه أو جعل عليه جسراً أو قنطرة في أرضه فعطب به أنسان فلا ضمان عليه لأنـه غيـر متعد فيما أحدثه في ملكه، والمتسبب إذا لم يكن متعدياً لا يكون ضامناً، وإذا حفـر البئر في أرض غيره فهو بمنزلة البئر فيكون ضامناً لكونه متعدياً في السبب) [4].

وبالتفريق بين ما جاء به الكاساني وماجاء به السرخسي، نجد ان الكاسـاني اعتمد على التعدي لجعله سبب للضمان فيما اشار السرخسي الى التعمـد لوجـوب الضمان.

ومن خلال النصوص السابقة، يتبين أن التسبب يشترط فيه التعدي فقط لا التعمد، وفي ذلك حماية لحقوق الغير من الضياع في حالة الإتلاف.

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، ج1، ص345

[2] * قال (واما الثاني) أي للقتل بالتسبب حيث ذكر قبل ذلك أن القتل الخطأ إما أن يكون عـن طريق المباشر، أو عن طريق التسبب.

[3] السرخسي، أبي بكر محمد، المبسوط، دار الفكر، ج27، ص6.

[4] السرخسي، أبي بكر محمد، المبسوط، ج27، ص22.

وأما في حالة اجتماع المباشر والمتسبب، فقد اتفق الفقهاء على أنه في حال اجتمعت المباشر والسبب قدمت المباشر[1].

ومثال ذلك إذا حفر شخص حفرة في الطريق ثم ألقى آخر نفسه فيها، أو القى غيره فيها فالضمان على الملقي ولا ضمان على الحافر لأن الملقى مباشر والحافر متسبب[2]، لان الأصل في حال اجتمع المباشر والمتسبب تقديم المباشر على المتسبب من ناحية الضمان.

وهناك حالات يحدث فيها أن يشترك المباشر والمتسبب في الضمان.

حيث يضمن المتسبب مع المباشر عند اجتماعهما إذا تساوى فعلهما في إحداث الضرر وكان بالإمكان تحقق الضرر بفعل كل منهما منفرداً وصور ذلك، أن يحفر شخص حفرة ليقع فيها شخص معين فيلقيه فيها شخص ثالث، فالضمان هنا على المباشر-وهو الملقى- والمتسبب –وهو حافر البئر- وذلك لتساويهما في وقوع الضرر وإمكان وقوع الضرر بأيهما منفرداً [3].

فالمقصود بعلاقة السببة هنا هي أن يكون الخطأ هو الذي سبب الضرر أي بينهما علاقة السبب والمسبب، والسبب يسبق النتيجة ويؤدي إليها[4].

2.4 نماذج تطبيقية للمسؤولية الجنائية المترتبة على عقود الاستشارات.

أولاً: المسؤولية الجنائية في الأخطاء الطبية.

---

[1]ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،، ج5، ص275. الذخيرة، ج12، ص 283. الدسوقي، شمس الدين محمد، حاشية الدسوقي، ج3، ص444.القرافي، شهاب الدين بن ادريس، الفروق، ج1، ص204. الشربيني، الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،1418هـ-1997م، ط1، دار المعرفة، ج4، ص11.

[2]الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص 4712. المبسوط، ج27، ص16. الفتاوي الهندية،ج6، ص45. الذخيرة، ج12، ص283. القرافي، الفروق، ج1، ص204.

[3]جواهر الأكليل، ج2، ص148.

[4]شنب، محمد لبيب، نظرية الالتزام-مصادر الالتزام، ص359.

ذكرنا في الفصل الثالث الاسباب الموجبة للمسؤولية الجنائية وكانت الاعتداء على النفس ومادون النفس، وكان من انواع عقود الاستشارات الطبية، وتظهر تطبيقات المسؤولية الجنائية المترتبة على العقود الاستشارية جليةً في الميدان الطبي، حيث أثارت مسؤولية الأطباء الجنائية منذ القدم، ولا زالت تثير الجدل والنقاش في مجال الفقه وبالخصوص الجنائي منه، وكذا على مستوى التطبيق القضائي . فقد يتسبب الطبيب بالأضرار للغير اثناء عمله أو نتيجة لخطأه أو إهماله أيا كانت درجة هذا الخطأ.

وفي الشريعة الاسلامية نجد نصوصا من القرآن والسنة تقرر الأحكام الجنائية الشرعية في القتل الخطأ، فيقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [1].

وفي السنة يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من تطبب ولم يعلم عنه الطب قبل ذلك فهو ضامن"[2]. طبقا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" .

فالقاعدة: متى ثبت الضرر وجب رفعه، ومتى ثبت الإضرار وجب رفعه مع عقوبة قاصد الإضرار.

وقد تحدث بعض علماء المسلمين عن منزلة الطب ومكانته، وحثوا على تعلم الطب وتعليمه، فقال الامام الشافعي -رحمه الله- "لا أعلم علما بعد الحلال والحرام

---

[1] سورة النساء الآية 92.

[2] سنن أبي داود 12، رقم الحديث: (4562)، 2 /329. سنن النسائي، رقم الحـديث:(4830) 53/8 .

أنبل من الطب"، وقال أيضا: "صنفان لا غنى للناس عنهما: العلماء لأديانهم والأطباء لأبدانهم"[1].

كما واهتمت كل الشرائع والأديان بمسؤولية الطبيب الجنائية[2].

وفي حال ترتب على الاستشارة التي قدمها الاستشاري، تاف او شكل من اشكال الاضرار سابقة الذكر(فوات نفس، فوات عضو، فوات منفعة العضو)، وقد تحققت جميع شروط واسباب المسؤولية، ففي هذه الحالة يجب التعويض، جراء ما تسبب فيه الاستشاري من خال اثناء عمله.

فالطبيب مُستشار في مجال عمله، والذي يستلزم المساس بسلامة جسم الانسان، وقد يؤدي العلاج والجراحة إلى الاضرار بالمريض أو وفاته فإذا كان الشارع قد أباح عمل الطبيب والجراح لأنه يحفظ مصالح راجحة تتمثل في صيانة الإنسان وحياته الأمر الذي يجعل منه ضرورة شرعية، فأن الإباحة لاتنتج أثرها الكامل إلا إذا جرى هذا العمل في نطاق من القواعد تضمن عدم انحراف الطبيب عن الغاية التي من أجلها أبيح عمله بحيث إذا خرج عن هذه القواعد والحدود خضع للمساءلة.

و الطبيب الحاذق إذا أعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده فتولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يطببه تلف لعضو أو لنفس أو ذهاب صفة ، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً كما قال الإمام ابن القيم رحمه الله [3].

---

[1] ابن القيم، محمد بن ابي بكر، زاد المعاد، ج 3،ص 110، الخميس، عبدالله، مسئولية الطبيب عن خطئة في الفقه ، بحث في مجلة كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسـلامية العدد 26 عام 1420هـ، ص 145.

[2] الرازي، بكر محمد بن زكريا، أخلاق الطبيب، مكتبة دار التراث،ج1، ص81.

[3] الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، ص 15.الكبيسي، رفع المـسؤولية الجنائيـة فـي أسـباب الإباحة، ص165.

وذلك للأمور الآتية:

1- أن فعل الطبيب مأذون له فيه شرعاً ، والمتولد عن الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً[(1)].

2- أنه لو ألزم بالضمان من يقوم بهذه المهنة ولو لم يتعد أو يقصر ، لامتنع عنه كل أحد ولم يوجد من يقوم به وفي الناس ضرورة إليه[(2)]. كما قد يحول دون تقدم هذا العلم ؛ لأن التهديد الدائم بالعقاب يثني الطبيب عن الاجتهاد والابتكار .

3- لو أشترط على الطبيب أن يكون عمله سليماً من الضرر بطل الشرط ؛ إذ أن فعله إنما هو بذل جهد وعناية ، وأما النتيجة فليست إليه جاء في المبسوط معللاً بطلان اشتراط العمل السالم من الضرر على من يزاول مهنة التطبيب " لأن ذلك ليس في مقدور البشر ... وإنما الذي في وسعه إقامة العمل بجدة وقد أتى به فلا يضمن"[(3)].

ومن جهةٍ أخرى فيكون الطبيب مسؤولاً عن الضرر الناتج عن تطبيبه إذا لم يلتزم بآداب المهنة، وإذا لم يتقيد الطبيب بالشروط المعتبرة في التطبيب أو أحدها فإنه يكون مسئولاً جنائياً ومدنياً عن كل ما ينتج عن تطبيبه من أضرار : كوفاة المريض أو تلف عضو من أعضائه ، أو حدوث عاهة ونحو ذلك، والضرر الناتج عن التطبيب في هذه الحال إما أن يكون عمداً أو خطأ وتتضح المسئولية عن ذلك في مسألتين[(4)]:

---

(1) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص305. ابن فرحون، ابراهيم شمس الـدين، تبـصرة الحكام، 1423هـ/2003 ، دار عالم الكتب للنـشر والتوزيـع، ج2،ص243 ،البجيرمـي، سليمان بن محمد، حاشية البجيرمي، 1369هـ - 1950م، مطبعة الحلبـي، ج 4، ص242 ،، ابن القيم وزاد المعاد، ج 3،ص109 .

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص305 ، وشرح فتح القدير ، لابن الهُمام 67/8 ، الرملي، ابي العباس محمد بن احمد، نهاية المحتاج ، 32/8 .

(3) الدسوقي، محمد بن احمد، حاشية الدسوقي، ج4، ص 316.

(4) انظر: الرعيني، محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليـل لـشرح مختـصر خليـل، 1423هـ، 2002م، دار عالم الكتب، ص 312. وانظر: حاشية الخرشي على مختـصر

المسألة الأولى : تعمد الطبيب قتل المريض أو إيذاءه

إذا تعمد الطبيب قتل المريض أو إتلاف عضو من أعضائه وتبين أنه أتخذ مهنة الطب ستاراً لتحقيق غرضه الإجرامي كأن يعمد الطبيب إلى وصف دواء سام لمريض قاصداً إهلاكه أو التخلص منه رجاء مصلحة تعود إليه من وفاة المريض ، فهذا العمل من الطبيب يعد قتل عمد موجب للقصاص بعد استكمال شروط وجوب القصاص .

وقد نص الدسوقي – رحمه الله – على وجوب القصاص على الطبيب المداوي إذا قصد الاعتداء وذلك بقوله " ... وأما لو قصد ضرره فإنه يقتص منه "[1].

يقول الإمام النووي – رحمه الله – " لو قطع السلعة[2].أو العضو المتآكل من المستقل قاطع بغير إذنه فمات لزمه القصاص "[3].

وهذا الحكم الذي نص عليه الفقهاء – رحمهم الله تعالى – يتفق مع الأصل الشرعي الذي دلت عليه نصوص الكتاب العزيز ومن ذلك قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ[4].

خليل،ج 8،ص15، وفيه " إن الطبيب إذا زاد على القدر المطلوب المأذون فيه تعمداً فإنه يقتص منه بقدر ما زاد "

[1] انظر حاشية الدسوقي، ج4، ص355 ، وانظر حاشية ابن عابدين، ج6، ص96 ، الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر – بيروت، ج2، ص115 ، الأردبيلي، يوسف بن إبراهيم، والأنوار لأعمال الإبرار، 1427ه- 2006 م، دار الضياء – الكويت، ج2، ص325.

[2] السلعة : ورم غليظ ملتزق باللحم يتحرك عند تحركه وله غلاف ويقبل الزيادة ؛ لأنه خارج عن اللحم ، المعجم الوسيط، ج 1، ص443 مادة سلع.

[3] النووي، محي الدين يحي ابو زكريا ، روضة الطالبين، 1412هـ/1991م، المكتب الاسلامي، بيروت ، ج10، ص179 .

[4] سورة البقرة الآية ، 178 .

ووجه الاستدلال من الاية الكريمة مشروعية القصاص، وفي ذلك عدل بين البشر ومجازاة المعتدي بالمثل حتى لا يعود للاعتداء وحتى يأخذ المعتدي عليه حقه، وفي العفو احسان ومعروف، ولمن يعتدي بعد ما عرف الحكم توعده الله بالعذاب الأليم.

وتعمد الطبيب قتل المريض أو إيذائه نادر وقوعه ؛ لأن الأصل في الأطباء الحرص على مرضاهم ، والنصح لهم وهم محل حسن الظن ولكن المراد الحكم الشرعي على فرض وجود .

وهذا الحكم وإن كان خاصاً بالأطباء إلا أنه يعد أصلاً نلحق به كل من كان في حكمهم كالصيادلة ، والفنيين الصحيين في الأشعة، والتمريض، والتخدير، والمختبر وغيرهم

المسألة الثانية : تضرر المريض نتيجة الخطأ في الإستشاره الطبية:

إذا تضرر المريض نتيجة الخطأ في الاستشارة الطبية[1]. فإن مسئولية الطبيب عن ذلك تتضح في التفصيل التالي :

أولاً : خطأ الطبيب عند اعطاء الاستشارة نتيجة الجهل في الاستشارة الطبية .

إذا أخطأ الطبيب عند إعطاء الاستشارة نتيجة الجهل في الاستشارة الطبية التطبيب سواء أكان الجهل بالطب بوجه عام ، أم في تخصص ما ؟ فما نتج عنه من تلاف نفس أو عضو فالتطبيب ضامن[2].لقول النبي عليه الصلاة والسلام "من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن"[1].

---

[1]* الخطأ هو : ما ليس للإنسان قصد فيه . التعريفات، للجرجاني ص 68 . أما الخطأ الطبـي : فهو إخلال الطبيب بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون . قايد، أسـامة، المسئولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)، ط2، 1990م، جامعة القاهرة، ص 224 .

[2]انظر: الطرابلس، أبو الحسن، علاء الدين علي بن خليل، معين الحكـام فيمـا يتـردد بـين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، ص 204، وفتاوى ابـن الـصلاح ص 270 ، الأشـباه والنظائر ، لابن نجيم 90/2 ، وتبصرة الحكـام ، لابـن فرحـون 231/2 ، 243 وبدايـة المجتهد لابن رشد 349/2 ، والفواكه الدواني ، للنفراوي 440/2 ونهاية المحتاج ، للرملي ، وحاشية الشبراملسي عليه 32/8 ، وحاشية القليوبي وعميره 78/3 ، وحاشية الرملي علـى

وقد حكى ابن القيم – رحمه الله – الإجماع على إيجاب الضمان على الطبيب الجاهل يقول في زاد المعاد " فإذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة ، فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على مالم يعلمه فيكون قد غرر بالعليل فيلزمه الضمان لذاك ، وهذا إجماع من أهل العلم "[(2)].

وفي بداية المجتهد " ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن ؛ لأنه متعد"[(3)].

ويعزر لما في ذلك من الكذب والتدليس على الناس على وجه يتضمن الاستخفاف بحرمة أرواحهم ، الأمر الذي يوجب معاقبة صاحبه بما يردعه عن الرجوع إلى غش الناس وزجر غيره ممن تسول له نفسه الإقدام على مثل فعله، يقول ابن فرحون – رحمه الله – نقلاً عن بعض علماء المالكية – رحمهم الله – " قال ابن عبد السلام : وينفرد الجاهل بالأدب ، ولا يؤدب المخطىء ... "[(4)].

وكما يعزر المتطبب الجاهل في جسده كذلك يعزر بمنعه من مزاولة مهنة الطب التي يجهلها ، ولذا نجد بعض الفقهاء – رحمهم الله تعالى – ينصون على

أسنى المطالب 166/4 والفروع ، لابن مفلح 451/4 ، وشرح منتهى الإرادات ، للبهـوتي 277/2

[(1)]هذا الحديث من رواية ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله عليـه الصلاة والسلام قال : من تطبب ... الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الديات ، باب مـن تطبب بغير علم 710/4 ، رقم الحديث 4586 ، والنسائي في كتاب القسامة باب صفة شـبة العمد 52/7 وابن ماجة في كتاب الطب ، باب من تطبب ولم يعلم منه طب 1148/2 ، رقم الحديث 3466 ، والحاكم في المستدرك في كتاب الطب 4،212 ، وقال صـحيح الإسـناد ووافقه الذهبي .

[(2)]ابن القيم، زاد المعاد، ، ج3، ص 123. وانظر: الاصبهاني، ابو نعيم احمـد بـن عبـدالله، الطب النبوي ، 2006م، ط1، دار ابن حزم، ج2، ص 139 .

[(3)]ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1425هـ - 2004م، دار الحديث، القاهرة، ج 2، ص606 .

[(4)]بن فرحون، ابراهيم شمس الدين،تبصرة الحكام، ، ج2،ص243 .

الحجر على المتطبب الجاهل إعمالاً للقاعدة الشرعية يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام [(1)].

قال ابن نجيم – رحمه الله – عند بيانه لفروع هذه القاعدة " ومنها جواز الحجر على البالغ العاقل عند أبي حنيفة – رحمه الله – في ثلاث المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفلس دفعاً للضرر العام "[(2)].

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 15/8/142 يكون الطبيب ضامناً ومسئولاً جزائياً إذا كان جاهلاً بالطب أو بالفرع الذي أقدم على العمل فيه[(3)].

هذا الحكم إذا لم يعرف المريض بجهل من يدعي علم الطب لكن ما الحكم لو عرف المريض بجهل مدعى علم الطب وأذن له بالعلاج ، ونشأ عن فعله ضرر هل يضمن هذا المطبب الجاهل أم لا ؟

يرى بعض العلماء[(4)]. أن مدعى الطب لا يضمن ما جنت يده إذا أذن له المريض ؛ لأن المريض إذا علم بجهل مدعي الطب ومكنه من معالجته فإنه حينئذ يعد راضياً بما ينشأ عن فعله من أضرار ومن ثم يسقط حقه في المطالبة بضمان ما أتلفه [(5)] ويرى البعض الآخر [(1)] تضمين مدعى الطب في هذه الحالة ؛ لأنه لا تحل له مباشرة التطبيب مع جهله ولو أذن له المريض[(2)].

---

(1) انظر: ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفـه النعمـان، 1419هـ - 1999م، ج1،ص 166 ، والزرقا، احمد محمد، شرح القواعد الفقهية ، 1409هـ – 1989م، ص 197 .البورنو، محمد صدقي بن احمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان،1416هـ-1996م، ص263.

(2) انظر: ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر،، ص87 . والزرقا، احمد محمـد، شرح القواعد الفقهية، ص 144 .

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 15، ج 4، ص 679 – 680 .

(4) انظر: بن مفلح، عبدالله محمد،الأداب الشرعية ، 1419هـ ، 1999م، مؤسسة الرسـالة،ط3، ج2،ص474 . وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج 4،ص355 . وزاد المعاد لابن القيم ج3، ص109 ،

(5) الشنقيطي، محمد المختار، أحكام الجراحـة الطبيـة ، ط2، 1415هـ - 1994م، مكتبـة الصحابة-جده، ص 524 .

والراجح هو تضمين مدعى الطب ، حتى ولو علم المريض بجهله وأذن له بالمعالجة لما يأتي[3]:

1. أن مدعى الطب إذا عالج المريض مع جهله يعد متعدياً ، والمتعدي يلزمه الضمان .
2. إن القول بتضمين مدعى الطب ولو أذن له المريض فيه ردعاً لكل متطبب وهو غير أهل للطب؛ لأن كل من تسول له نفسه الإقدام على هذا العمل إذا علم أنه سيضمن كل ما يترتب على فعله من ضرر فإنه سينكف عن الإقدام على هذا العمل دفعاً لضرر الضمان عن نفسه .

ثانياً: خطأ الطبيب نتيجه عدم الإلتزام بالأصول الطبية.

إذا أخطأ الطبيب نتيجة عدم التزامه بالأصول الطبية كأن يشخص الطبيب المرض، ويصف للمريض الدواء فيتبين أن المرض غير ما شخص، وأن الدواء غير ما وصف، أو زاد في الدواء أكثر من المطلوب، أوقام بتخدير المريض بدون إجراء الفحوصات اللازمة أو عدم اختيار المادة المناسبة من المخدر لحالة المريض أو زاد في جرعة المخدر دون تحقق قدرة المريض على تحملها أو عدم اختيار الطريقة المناسبة في التخدير لحالة المريض، أو وضع المادة المخدرة في غير الموضع الذي يجب وضع تلك المادة فيه من جسم المريض[4]، أو زاد في قدر الجرعة الإشعاعية التي يسقطها على الموضع المراد تصويره، أو أن يكرر تصوير المريض بالأشعة مرات عديدة بدون وجود حاجة داعية لذاك التكرار [5] أو لم يجري

---

[1] بن مفلح، عبدالله محمد،الأداب الشرعية، ج2، ص474-475 .

[2] بن مفلح، عبدالله محمد،الأداب الشرعية، ص482.

[3]ابن رشد، بداية المجتهد، ، ج 2، ص606 .

[4]الشنقيطي، محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية، ، ص 506- 507، تطبيق القواعد الفقهية على مسائل التخدير المعاصرة للدكتور عبد السلام الحـصين ص 1251- 1252 ضـمن ندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، إدراة التوعية الدينيـة بالـشؤون الـصحية بمنطقة الرياض.

[5]الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية . ص524.

التنظيفات، والتعقيمات اللازمة داخلياً وخارجياً في العمليات الجراحية، أو لم يقم بإجراء التحليلات اللازمة قبل إجراء الجراحة، أو عدم متابعة المريض أثناء إجراء العملية الجراحية[(1)].

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء – رحمهم الله تعالى – في مخالفة الأصول الطبية كأن يقلع سناً لا يلزم قلعه، أو قطع ما لا ضرورة لقطعه، أو ختن الجراح في وقت غير مناسب كحر أو برد شديدين، أو بآلة كاله.

ففي هذه الأمثلة وغيرها إذا نتج عن ذلك تلف للنفس أو ما دونها فإن الطبيب يضمن الضرر الناشئ عن تطبيبه[(2)].

ويعزر إذا كان خروجه عن الأصول الطبية على وجه الإهمال والتقصير من جهة أنه أخل بالواجب الذي ينبغي عليه القيام به على وجهه خاصة وأنه ملتزم في عقده مع المريض أو مع المستشفى، فإذا قصر أو أهمل فإنه ينبغي تأديبه على ذلك التقصير والإهمال صيانة لأرواح الناس ودمائهم وينبغي على القاضي أن يرد ذلك التقصير والإهمال إلى أهل الخبرة ويتعرف عن طريقهم على عظم جرم الطبيب في إخلاله بواجبه ومن ثم يقرر ما يراه مناسباً لعقوبته،[(3)].

ومع هذا فإن إلتزام الطبيب في ممارسته لمهنته هو التزام ببذل عناية خاصة وليس بتحقيق نتيجة[(4)].

ثالثاً: خطأ الطبيب المستشار مع كونه غير مأذون له بالعلاج من المريض أو من يقوم مقامه.

[(1)] خضر، عبد الفتاح، الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، ص 316 -317.

[(2)] انظر: حاشية ابن عابدين،ج6، ص 68، وشرح الخرشي على مختصر خليل،ج 8،ص،111. ومغني المحتاج، للشربيني، ج4، ص203. والمغني، لابن قدامة، ج5،ص 538 . والمبدع، لابن مفلح، ج5،ص111،البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شـرح منتهـى الإرادات، ج2، ص377.

[(3)] الشنقيطي، محمد، أحكام الجراحة الطبية ، ، ص 541.

[(4)] التونجي، عبد السلام ، مسئولية الطبيب المدينة، 1385هـ ، حلب، ص 286.

إذا أخطأ الطبيب المستشار مع كونه غير مأذون له بالعلاج من المريض أو من يقوم مقامه، وكان عالماً بمهنته، وملتزماً بالأصول العلمية في الطب، فإنه يضمن الضرر الناتج عن مشورته الطبية[1].

ويستثنى من ذلك الحالات التي لا تستدعي أخذ إذن المريض أو من يقوم مقامه.

رابعاً: خطأ الطبيب في استشارته مع كونه غير مأذون له بالعلاج من ولي الأمر .

إذا أخطأ الطبيب مع كونه غير مأذون له بالعلاج من ولي الأمر، وكان عالماً بمهنته، وملتزماً بالأصول العلمية في الطب ومأذوناً له بالعلاج من المريض أو من يقوم مقامه فإنه لا يضمن الضرر الناتج عن استشارته الطبية كما قال بذلك بعض الفقهاء. ويرى البعض الآخر وجوب الضمان. ويعاقب ولو لم يصدر منه أي خطأ في القيام بعمله الطبي، لأنه زاول مهنة الطب بدون ترخيص وذلك يعد افتئاتاً على ولي الأمر، ومخالفة لأمره[2].

خامساً: خطأ الطبيب في الاستشارة مع كون عمله لم يكن لتحقيق مصلحة مشروعة.

ففي هذه الأمثلة وغيرها إذا تضرر المريض نتيجة ذلك فإن الطبيب المستشار يضمن الضرر الناتج عن استشارته الطبية، ويؤدب لارتكابه فعلاً محرماً [3].

---

[1] انظر: الطحطاوي، احمد بن محمد، حاشية الطحطاوي على الدر المختار،ط1، 1418هـ - 1997م، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ج 4، ص 275، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج4، ص 355، و ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 343، والأم للإمام الشافعي ، ص175 – 176، النووي، وروضة الطالبين، ج4، ص 164 -165، للمرداوي، الإنصاف، ج6، ص 75، ابن قدامه، المغني، ج8، ص 578.

[2] ابن القيم، زاد المعاد، ج 3، ص110، وانظر مسئولية الطبيب عن خطئة في الفقه الإسلامي بحث للدكتور / عبد الله الخميس، مجلة كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية العدد 26 عام 1420ه، ص 169.

[3] انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4،ص 189، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص230، النووي، روضة الطالبين ،ج 5،ص، 184 البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع، ص13-14.

ثانياً: تطبيقات المسؤولية الجنائية في أخطاء الاستشارات الهندسية.

شهدت السنوات القليلة الماضية تطورًا غير مسبوق في مجالي البناء والتشييد، وقد كان من الطبيعي أن يؤدي هذا التطور الى زيادة ملحوظه في ارتكاب أخطاء هندسية أثناء عملية البناء، وقد يترتب على ذلك حدوث جناية قد تكون على النفس او ما دون النفس إما بالتعمد أو الخطأ من المسؤوليين عن عملية البناء والتشييد،والاستشارات الهندسية نتيجة للإخلال بالمواصفات الفنية في هذا المجال. وبما أن البناء والتشييد وُجد ليحقق ما يطمح إليه الانسان من راحة وسلامه، فقد جاءت الاستشارة الهندسية والاعتماد على المستشاريين لزيادة الحفاظً والحرص من اصحاب هذا البناء على سلامتهم وضمان صحة البناء واتمامه على الوجه الذي يحميهم، أما في حال وقوع الضرر كان لا بد من وجود ضامن لهذا الضرر وذلك في حال تحققت اركان الضمان -السابقة الذكر- في وقوع اي جناية كانت وقد يكون الضامن هو ذلك المستشار الذي اشرف على عملية البناء وفق خبرته وعلمه في مجاله[1].

والمستشار الهندسي لعملية البناء قد يكوننفسه المقاول، وقد يكون غيره:

والمقاول هو " الشخص الذي يعهد إليه بتشييد المباني , وفقا لما يقدم له من تصميمات على أن يكون ذلك مقابل أجر، ودون أن يخضع في ممارسة عمله لإشراف أو رقابة"[2]. ويجب على المقاول، حماية الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية للأشخاص, سواء تعلق الأمر بشخص المالك أو المستأجر أو العمال في البناء وأثناء التشييد، بالإضافة إلى الجمهور الذي يمكن أن يصبح مجنيا عليه في حياته أو في سلامته الجسدية عند انهيار المبنى.

---

[1] غنام، محمد غنام، المسؤولية الجنائية لمشيد البناء،1997م، دار النهـضة، ص 10، يـاقوت، محمد ناجي، مسؤولية المعماريين، 1984،ص252.

[2] يسن، عبد الرازق حسين، المسئولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء, رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ,1987م, ص 420.

وكنتيجة لذلك، فإن المقاول يمارس عملا ذا طابع تنفيذي يقوم بمقتضاه بتنفيذ الرسومات السابق وضعها وإخراجها إلى حيز الواقع؛ فهو الذي يتولى تنفيذ محتوى عقد المقاولة فيعهد إليه من جانب المهندس المعماري أو رب العمل بالرسومات والتصميمات الهندسية للبناء, ويقوم هو بالتنفيذ العملي بما يمليه عليه العمل من إدارة وإشراف عليه وحراسة المواد المستخدمة في البناء واكتشاف الأخطاء التي يمكن تصور وجودها في التصميمات والرسومات ومراقبة مكان التنفيذ لتجنب أي أضرار يتصور حدوثها سواء لرب العمل أو للمارة"[1].

- صور من أخطاء الاستشارات الهندسية:

كثير ما تقع اخطاء في مجال الهندسة بشتى انواعها واشكالها، ولا سيما في الهندسة المعمارية التي تتبنى عمليات البناء والتشييد، وهناك صور لهذه الأخطاء ونورد هنا جزءً منها سبيل المثال لا على سبيل الحصر, وإن بلغت إلى حد كبير الإحاطة والشمول بحيث تتسع لكافة صور الخطأ غير العمدي في عمليات البناء[2].

وسنوجز فيما يلي صور الخطأ التي يمكن أن تنسب إلى المقاول أو المهندس المعماري.

الإهمال: ويعني الإهمال، اتخاذ الجاني موقفا سلبيا يتمثل في إغفاله اتخاذ أمر واجب عليه بالعناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة[3].

مثال ذلك المقاول أو المهندس المعماري حينما يتسببان بخطئهما بانهيار مبنى نتيجة إهمالهما بعدم اتباعهما ما يفرضه عليهم أصول أعمالهما .

---

(1) يسن، عبد الرازق حسين، المسؤولية المدنية للمهندس المعـاري ومقـاول البنـاء,ص425. قشقوش، هدى حامد المسئولية الجنائية للمهندس والمقاول, 1996م دار النهـضة العربيـة، ص25.

(2) مرسي، عبد العظيم عبد الرحيم ، جرائم الاعتداء على الأشـخاص, 1991م ، مكتبـة كليـة القانون, مصر، القاهره، ص243. ياقوت، محمد ناجي، مسئولية المعماريين، ،ص260

(3) الحسيني، عمر الفاروق ،جرائم الاعتداء على الحياة وسلامة الجسم ,ص211.علي، علي عبده محمد، الأخطاء المشتركه،، ص291.

الرعونة: ويقصد بها الطيش والخفة وسوء التقدير ونقص الدراية في الأمور الفنية, فالجاني يقدم على اتخاذ مسلك معين دون مراعاة للأصول الفنية المتعارف عليها في مواجهة هذا المسلك؛ إما لخفته أو سوء تصرفه أو أنه غير مقدر عقوبة وخطورة عمله, كالمقاول الذي يشيد بلكونا بدون كوابل تحمله ويرتكب خطأ في الأسمنت فيسقط البلكون مما يؤدي إلى وفاة من كانوا فيه [1].

عدم الاحتياط والتحرز: يكون الجاني في هذه الصورة مدركاً لطبيعة سلوكه وما يمكن أن يترتب عليه من نتائج, ومع ذلك يقدم على فعله مخاطرا غير متخذ من الاحتياطات لدرء النتيجة المُحرمة التي تترتب على فعله[2]، كالمقاول الذي يعلم عدم جودة مواد البناء التي يستخدمها في المبنى ورغم ذلك يقدم على إتمام أعمال البناء.

ويمكن طرح مثال لتوضيح جزء من صور الأخطاء الهندسيه من سبيل التوضيح وليس الحصر، ذلك لأن مجال الاستشارات الهندسية واسع ولا يمكن حصره في الأمثله:

في حال قرر صاحب بناء عمل شقق سكنية للإيجار، وأعطى كافة الأعمال اللازمة للبناء للمقاول بما في ذلك جلب المواد واختيار نوعيتها والكميه، وبعد مرور فتره على البناء حدث انهيار للمبنى ادى إلى وفاة أشخاص وتضرر اعضاء اشخاص أخرون، واتضح أن سبب هذا الأنهيار هو سوء اختيار نوع أو كمية المواد المستخدمة في البناء، وكان ذلك بعلم ومعرفة المقاول والمستشار لعملية البناء ومع ذلك أقدم على البناء؛ بذلك يكون وقع ضرر ونتيجه لسبب، والنتيجه هي وفاة اشخاص وتضرر اخرون والسبب هو عدم الإحتياط والتحرز في عملية الاشراف على مواد البناء وكميتها.

أو قد يكون وقوع الضرر اثناء عملية البناء والتشيد، وذلك بأن ينهدم البناء على أحد العمال أو المارة بسبب سوء المواد المستخدمة التى اعتمدها المقاول للبناء،

[1] الغريب، محمد عيد، شرح قانون العقوبات-القسم العام-النظرية العامة للجريمة، دار النهضة، 2000م، ص 692.

[2] الغريب، محمد عيد، شرح قانون العقوبات،، ص 698. قشقوش، هـدى حامـد، المـسئولية الجنائية للمقاول والمهندس، 1996م، دار النهضة، ص12.

وفي حال تضرر احد العمال او الماره لهذا السبب فإن الضامن هنا يكون المقاول وليس صاحب البناء؛ لأن النتيجه الحاصله كان سببها اهمال وعدم احتياط من المقاول المكاف للاشراف على هذا البناء.

وإذا تحققت اركان الضمان –السابقة الذكر- فقد حدث خطأ في البناء ومنه تسبب بضرر واقع على الأشخاص، فيكون المستشار ضامناً لما وقع من التضرر ويقع علية مسؤولية جنائية نتيجة لما حدث بسبب عدم احتياطة وتحرزه أثناء القيام بعملة المتفق عليه بينه وبين صاحب العمل

ثالثاً: المسئولية الجنائية في الأخطاء العسكرية:

للقطاع العسكري أهمية بالغه فلا تخلو دولة ولا منطقة كبيرة أو صغير من وجود القطاع العسري فيها، ذاك لكونه هو اساس لهيبة الدولة وحمايتها وادارة شؤونها العسكرية، وفي الأونة الأخير ولا سيما القرن الحالي والسابق أخذت الحروب والنزاعات حيزاً واسعاً من حياة البشر في شتى مناطق العالم أجمع.

ومع تفاقم الأهمية العسكرية وتوسع المجال العسكري فقد ظهرت اخطاء اثناء الاعمال العسكرية لا حصر لها لكن تشتمل على الصور المذكورة سابقاً في المجال الهندسي.

وهي الإهمال ، والرعونة، وعدم أخذ الإحتياط والتحرز أثناء اتخاذ قراراته وفرضها على من هم تحت اشرافه، الأمر الذي قد يؤدي إلى ايقاع ضرر بأشخاص إما مدنيين أو من المحاربين العسكريين بسبب سوء قرار قد يتخذه القائد العسكري الذي يُعد بمثابة المستشار على تلك الأعمال العسكرية بموجب موكل كمستشار لأخذ القرارات التي تحمي من هو تحت اشرافه وتحافظ على سلامتهم قدر الإمكان[1].

ولتوضيح ذلك في المجال العسكري نطرح المثال التالي:

كأن يكون قائداً عسكرياً مسؤولاً عن كتيبة، وكان يتوجب عليهم المرور لمنطقة معينة وكان للوصول اليها اكثر من طريقة وشار عليهم الى طريق محدد دون أخذ الحيطة والحذر ودون تفحص منطقة العبور وتفحصها بأنها تخلو من

---

[1] عبداللطيف، أحمد، جرائم الإهمال في قانون العقوبات العـسكرية، 1905م، دار النهـضة، ص16.

الألغام أو اي كمين موضوع للجنود مع لزوم توقعه لهذا الشي، أي يجب عليه ان يتأخذ من أي منطقة مشكوك فيها بزرع الالغام ووجود ماشابه ذلك بما يلحق الضرر بالجنود، فإذا تبين اثناء عبورهم المنطقه وجود الغام ومتفجرات ادت الى ازهاق اروح أو بتر اعضاء عند بعضهم.

هنا وان ثبت ان الضرر الواقع والخطأ كان نتيجة لإهمال المستشار او عدم التحرز واخذ الاحتياطات اللازمه مع علمه بانه يجب عليه التفحص واخذ اللازم في مثل هذه المناطق الحربية، وبعد ثبوت ذلك وتوافر اركان الضمان فإن المستشار العسكري بمثل هذه الحالات يكون ضامناً لما وقع من ضرر نتيجةً لقراره الخاطيء.

وأما في حال اكتشفت وجود الالغام ولم يقع اي ضرر على الجنود فبذلك لا يتحمل المستشار مسؤولية جنائيه ولا يكون ضامناً ذلك لأنه لم يقع ضرر الذي يحتم عليه الضمان، وحتى لو كُشفت الالغام وتسببت باضرار للجنود لكن بعد أن أخذ القائد الاجراءات اللازمه والاحتياطات وفحص المنطقة، لكن لم يتبين للقائد أية مشاكل وبالرغم من ذلك ظهرت الالغام واوقعت اضراراً فهنا لم يكن الخطأ الواقع والضرر بسبب الأهمال ولكن بسبب عدم القدره على اكتشاف الخطر الا بعد وقوعه مع اخذ كل الاحتياطات الواجب اتباعها.

فهنا يكون المستشار ادى عمله كما يجب وعلى الوجه المطلوب لكن ليس له يد في كشف ما قد يقع لانه شي فاق قدراته في عمله، فيكون غير ضامناً ذلك لان النتيجة الحاصله من الضرر لم تكن بسبب اهمال او خطأ المستشار لكنها كانت إثر عوامل خارجه عن قدراته في حماية جنوده[1].

التوصيات

1- التوعية بالمسؤولية الجنائية بعقود الإستشارات بحيث تدخل بتدريس أقسام الفقه الشرعي لأنها تدخل بشتى مناحي الحياة .

2- توعية كلا الطرفين قبل ابرام العقد بينهما ليحفظ كل منهما حقوق الأخر .

---

[1] الصحاح، عاطف فؤاد، قانون العقوبات العسكرية، 2006م، دار الكتب القانونية، ص35.

3- تشديد الرقابة على مستشاري العقود بشتى أنواعها لتفادي وقوع جناية على نفس أو ما دونها .

المراجع

إبراهيم: نجيب اسكندر. **الاستشارات الإدارية في المجتمع العربي**. (1985م)

ابن الأثير: مجد الدين ابو السعادات المبارك ت: (606هـ)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**،1399هـ/ 1979م، المحقق:طاهر احمد الزاوي، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج3، ص270.

الألباني، محمد ناصر الدين، **الإيمان الكبير لابن تيميه**، ط5، 1416ه، 1996م، المكتب الإسلامي، عمان، الأردن، ج2، ص434.

أحمد: سليمان محمد، **ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي**، ط1، 1985م، الناشر: مطبعة السعادة، جامعة الأزهر-مصر.

الأردبيلي: يوسف بن إبراهيم، **الأنوار لأعمال الإبرار**، 1427ه- 2006 م، المحقق: خلف مفضي المطلق، الناشر: دار الضياء – الكويت، ج2.

الأزهري: صالح عبد السميع الآبي، **جواهر الاكليل**، الناشر: دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ج2.

الأزهري، حمدى عبد الفتاح السيد، **النقد اللغوي في تهذيب اللغة** ،ج 3

الاصبهاني، ابو نعيم احمد بن عبدالله، **الطب النبوي** ، 2006م، ط1، دار ابن حزم، ج2.

الأصفهاني، راغب، **المفردات في غريب القرآن** ، ط1، دار المعرفة، بيروت – لبنان.

الإمام أحمد، أبي موسى الأشعري، **مسند الامام أحمد**.

البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، ت:786هـ، **شرح العناية على الهداية**، دار الفكر-بيروت-لبنان، ج9، ص98.

البجيرمي: سليمان بن محمد بن عمر البُجيرمِي المصري الشافعي، ت: 1221هـ، 1369هـ - 1950م، الناشر: مطبعة الحلبي، ج 4.

بجيرمي:الشيخ سليمان، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب**،1398هـ - 1978م، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ، ج3.

البخاري، أبوعبدالله محمد بن اسماعيل، **صحيح البخاري**، ت: 256هـ، ط5، 1414هـ-1993م ، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: مؤسسة علوم القرآن، اليمامة، دمشق، دار ابن كثير، دمشق.

البخاري، ابي عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي، 1410هـ-1981م، **الجامع الصحيح المسند**، الناشر: دار الفكر-بيرو-لبنان.

البخاري، عبد العزيز بن محمد علاء الدين، ت:(730هـ) ، **كشف الاسرار شرح اصول البزدوي**، ط3، دار الكتاب الإسلاومي، القاهرة، ج2.

البراوي: حسن حسين، **عقد تقديم المشورة**، 1998م، دراسة مقارنة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية،الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة.

البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي الحسيني، **قواعد الفقه**.

البعلي ، عبد الحميد محمود ، **ضوابط العقود في الفقه الإسلامي**، 2006م، ط1، مكتبة وهبه، القاهرة –مصر.

البغدادي، غانم بن محمد ، **مجمع الضمانات**، الناشر: دار الكتاب الاسلامي.

البغوي: الحسين بن مسعود الفراء، **معالم التنزيل**، 1409 هـ - 1989 م، الناشر:دار طيبة، الرياض، السعودية، ج2.

بن الحسين، محمد علي، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**، ج2، دار عالم الكتب، بيروت/ لبنان.

بني أحمد، خالد علي سليمان، عقود الاستشارات وتكييفها الفقهي والقانوني، بحث محكم قبل النشر في **مجلة مؤتة للبحوث والدراسات**.

البهوتي: منصور بن يونس بن ادريس، الروض **المربع شرح زاد المستنقع**، المحقق: محمد نزار تميم، هيثم نزار تميم، الناشر: دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ج2.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **شرح منتهى الإرادات**، ج2.

البهي، محمد، **الإسلام في حل مشاكل المجتمعات الإسلامية المعاصرة**، 1398هـ/ 1978م، ط2، دار غريب للطباعة، مصر.

البواشيري، محمد، **المسؤولية المدنية**، ط2، اشرف تاسيلا اكادير، 2008م..

بوحوش: عمار.**الاتجاه الحديث للاستشارات**، 1981م، الناشر:المنظمة العربية للعلوم الإدارية، عمان، الأردن.

البورنو، محمد صدقي بن احمد، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** ، الناشر: مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان،1416هـ-1996م.

البيهيقي، ابو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني، ت: 458هـ، **السنن الكبرى**، 424هـ- 2003م، ط3، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان.

التايه، أسامه إبراهيم، **مسؤولية الطبيب الجنائية**،1420هـ- 1999م، ط1، دار البيارق، عمان.

التنوخي: زين الدين عثمان بن المنجي، **الممتع شرح المقنع**، ط3، 1424هـ-2003م، المحقق: عبد الملك بن دهيش، الناشر: مكتبة الأسدي، ج2.

التونجي، عبد السلام ، **مسئولية الطبيب المدينة**، 1385هـ ، حلب.

ابن تيمة: أحمد عبد الحليم بن عبد السلام، ت:(728هـ)، **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية**، ط 4، الناشر: دار الكتاب العربي، دار الجيل، بيروت.

ابن تيميه: أحمد بن عبد الحليم، **نظرية العقد**، 1386هـ/ 1949م، ط1، المحقق: محمد حامد الفقي، محمد ناصر الدين الألباني، الناشر:مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، مصر.

الثعالبي: عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبو زيد الثعالبي المكي، **لجواهر الحسان في تفسير القرآن (تفسير الثعالبي)**، ط1، 1418ه- 1997م،المحقق: علي معوض ، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ج1.

الجرجاني: الامام علي بن محمد علي، **التعريفات،** ط1، 1983م-1403هـ، الناشر: دار الريان للتراث، بيروت-لبنان.

الجرجاني: علي بن محمد السيد الشريف، **معجم التعريفات،** المحقق:محمد صديق المنشاوي، الناشر: دار الفضيلة.

ابن جزى، أبو القاسم، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي،ت: 741هـ، **القوانين الفقهية.**

الجصاص، أبي بكر الرازي، ت:370هـ، **أحكام القرأن.** المحقق: محمد صادق القمحاوي، 1405هـ، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج2.

الجمل: الشيخ سليمان بن عمر الشافعي، **حاشية الجمل على شرح المنهج،** الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج3.

ابن الجوزي: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد ت:(597هـ)، **زاد المسير في علم التفسير،** 1422 هـ، الناشر:دار الكتاب العربي، بيروت /لبنان،ج2.

ابن حبان، الدآرمي ابو حاتم محمد بن حبان بن أحمد، ت:354هـ، **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان،** المحقق: شعيب الأرنؤوط، 1414هـ-1993م، ط2، الناشر: مؤسسة الرسالة- بيروت. لبنان.

حديدي: الطيب، **الشورى في الإسلام، أهلها ومدى إلزامها،** رسالة ماجستير، 1411هـ-1991م، الناشر: المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر.

ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ت: 456هـ، **المحلي بالآثار،** دار الفكر – بيروت، ج7.

أبو حسان، محمد، **أحكام الجريمة و العقوبة في الشريعة الأسلامية** ، دراسة مقارنة، ط1، 1408هـ ـ 1987م، مكتبة المنار، الأردن.

أبو الحسين: احمد بن فارس، **معجم مقاييس اللغه،** المحقق: عبد السلام محمد هارون، ج4.

الحطاب: شمس الدين ابو عبدالله ت: (954هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل،** 1412هـ- 1992م، الناشر: دار الفكر، بيروت، لبنان، ج6.

الحطاب: محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط3، 1413هـ - 1993م الناشر: دار الفكر، بيروت، لبنان، ج5.

حمادي: أحمد حسن، **مباديء الهندسة الإدارية- العقود والمواصفات**، ط1، 1968م، الناشر: مطبعة شفيق، بغداد، ج4.

الحموي: أحمد بن محمد مكي، **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، 1405هـ - 1985م، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ج1.

ابن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ت: 241هـ)، **مسند أحمد**، 1421 هـ - 2001 م، ط1، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

حيدر: علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، الناشر:دار الجيل، بيروت، ج1.

خضر: عبد الفتاح، **الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي**.(رسالة جامعية).

الخطيب: زكريا عبد المنعم، **نظام الشورى في الإسلام ونظم الديمقراطية المعاصرة**، 1991م، ط1، الناشر: مطبعة السعادة القاهرة، مصر.

الخطيب، محمود بن ابراهيم، **النظام الاقتصادي في الإسلام، خصائصه وأركانه ونظرته لبعض المشكلات الإقتصادية(دراسة مقارنة)** ، 1409هـ/1989م ، ط1، مكتبة الحرمين، الرياض- السعودية.

الخفيف: علي، **أحكام المعاملات الشرعية**،ط3، القاهرة، الناشر:دار الفكر العربي.

خلاف: عبد الوهاب، **علم أصول الفقه**،1375هـ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

الخميس، عبدالله، مسئولية الطبيب عن خطئة في الفقه ، بحث في **مجلة كلية الشريعة**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية العدد 26 عام 1420هـ.

الخميس، مسئولية الطبيب عن خطئة في الفقه الإسلامي، بحث للدكتور / عبد الله الخميس، **مجلة كلية الشريعة**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد 26، عام 1420هـ.

الخياط: عبد العزيز، وأمرهم شورى، **المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية** ، 1993م، ط1، الناشر: مؤسسة آل البيت، الأردن.

داود: احمد محمد، **احكام العقد في الفقه الاسلامي** ، الناشر:دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1.

الدردير: سيدي أحمد أبي البركات، **الشرح الكبير على حاسية الدسوقي**، البابي الحلبي القاهرة.

الدريني، محمد فتحي، **المناهج الأصولية**، 1987م، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت.

الدسوقي: محمد بن احمد بن عرفة المالكي، ت:1230هـ ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**،ط1، الناشر: دار الفكر ،ج3.

الرازي: زين الدين محمد بن ابي بكربن عبد القادر، ت(666هـ)، **مختار الصحاح**. 1420هـ - 1999م، المحقق: عبد السلام بن هارون. الناشر:المكتبة العصرية ، بيروت، صيدا,

الرازي: ين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، ت: 666هـ، **الصحاح**، 1420هـ - 1999م، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا.

الرازي، بكر محمد بن زكريا، **أخلاق الطبيب**، الناشر: مكتبة دار التراث،ج1.

الراغب، الحسين بن محمد الاصفهاني، **مفردات ألفاظ القرآن الكريم**،1412هـ - 1992م،المحقق: صفوان داوودي، الناشر: دار القلم.

أبو رخية: ماجد محمد، **الوجيز في احكام الحدود والقصاص**، 1430هـ -2009م، الناشر: مكتبة الاقصى، عمان/الاردن.

ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، المحقق: يوسف بن أحمد البكري أبو أوس، ج2.

الرعيني: محمد بن عبد الرحمن الحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، 1423هـ -2002م، الناشر: دار عالم الكتب.

الرفاعي، مأمون وجيه، **أسباب المسؤولية في الفقه الاسلامي**، 1991م، ص16، (رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية عمان).

الرملي: ابي العباس محمد بن احمد، **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج**. ط1، مصطفى البابي الحلبي، مصر.

الزبيدي، ابو الفيض محمد مرتضى بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، ت: 1205هـ، **تاج العروس من جواهر القاموس**، د.ط، د.ت، ج29، ، الناشر: دار الهداية.

الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.

الزحيلي: وهبة بن مصطفى، **نظرية الضمان**،ط2، الناشر: دار الفكر-دمشق-سورية.

الزحيلي: وهبه بن مصطفى، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 1427 هـ - 2006 م، ط1، الناشر: دار الفكر - دمشق –سورية ،ج4.

الزحيلي: وهبه بن مصطفى، **الفقه الاسلامي وادلته**، الناشر:دار الفكر- دمشق، سورية، ج4.

الزرقاء، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، 1381هـ- 1961م، ط1، دار الفكر-بيروت-لبنان.

الزرقا: احمد محمد، **شرح القواعد الفقهية** ، ط2، 1409ه – 1989م، المحقق: عبد الستار أبو غدة .

الزركشي: بدر الدين ابو عبد الله بن بهادر، ت:794هـ، **المنثور في القواعد الفقهية**، ط2، 1404هـ-1985م،الناشر: وزارة الاوقاف الكويتية.

زعتري ، علاء الدين، **تاريخ التشريع الإسلامي**،1417هـ/1997م، ط1، دار العصماء، دمشق.

زعتري ،علاء الدين، **النقود وظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية**، ط1، 1417هـ-1996م، الناشر: دار قتيبة، دمشق، سوريةِ.

الزلمي، مصطفى، **المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون** ، 1981-1982م، مطبعة أسعد بغداد،العراق.

أبو زهرة: محمد، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، القاهرة، الناشر:دار الفكر العربي.

أبو زهره: محمد، **الملكية ونظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي**، 1976م، الناشر:دار الفكر العربي، القاهرة.

زيتون: فتحي،**عوامل نجاح الخدمة الاستشارية**، (1978م)، الناشر:المنظمة العربية للعلوم الإدارية، مركز البحوث الإدارية، عمان-الاردن.

الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق**، ط1، المحقق: أحمد عز، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ، ج6.

السبكي ، عبد الوهاب بن علي، **الأشباه والنظائر**، المحقق: أحمد عبد الموجود وعلي معوض، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ج2.

سراج: محمد أحمد ، **ضمان العدوان في الفقه الاسلامي**، ط1، 1993م، الناشر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر.

السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ت: 483هـ، **المبسوط**، 1414هـ - 1993م، دار المعرفة – بيروت-لبنان ، ج26.

السرخسي، أبو بكر محمد بن احمد، **أصول السرخسي**، الناشر:دار المعرفة، بيروت، ج2.

سعد: نبيل ابراهيم، العقود المسماة، **عقد البيع**، ط2، 2004م، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

السمرقندي: ناصر الدين محمد بن يوسف الحسني، **الفقه النافع**، المحقق: ابراهيم بن محمد العبود ،الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، ج5.

السنجقلي: عادل عزت، **عقود الاستشارات الهندسية**، منشورات مرز البحوث والدراسات القانونية، بغداد-العراق.

السنهوري، عبد الرزاق، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ط1، 1964م، دار النهضة، القاهرة، مصر، ج7.

السهلي، عبدالله بن معتق، **الاشتراك التعمد في الجناية على النفس بالقتل أو الجرح**، ج1،

الشاطبي: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، **الموافقات في أصول الأحكام**، ط1، المحقق: أبو عبدالله عبيدة مشهور بن حسن، الناشر: دار الفكر، بيروت، ج2.

الشافعي: محمد بن إدريس بن عباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، ت: 204هـ، **الأم**، 1410هـ-1990م، دار المعرفة، بيروت، ج4.

الشافعي، ابو عبدالله محمد بن ادريس، **الأم**، 1410هـ-1990م، دار المعرفة-بيروت.

الشافعي، د.محمد ابراهيم، **المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم**. مطبعة السنة المحمدية 1982م.

الشامي،محمد حسين علي، **ركن الخطأ في المسئولية المدنية**، 1990م، دار النهضة، القاهره.

شبير: محمد عثمان، **التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية**، ط1، 1425هـ-2004م، الناشر: دار القلم- دمشق.

الشربجي، علي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج8، ص5-10.**الموسوعة الفقهية الكويتية**، صادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت، ط2، دار السلاسل-الكويت، ج18.

الشربيني: شمس الدين محمد بن احمد الخطيب، ت: 977هـ، **مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، 1415هـ-1994م، الناشر: دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ج2.

الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،ت: 977هـ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، المحقق: كتب البحوث والدراسات، الناشر: دار الفكر – بيروت.

الشرقاوي: عبدالله بن حجازي بن ابراهيم، **حاشية الشرقاوي**، 1997م، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج4.

الشرواني و العبادي، عبد الحميد قاسم وآخرون، **حاشية الشرواني والعبادي على تحفة المنهاج**، ج6.

شلبي: محمد مصطفى، **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه،** 1403هـ-1964م، ط1، ، الناشر:دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

شنب: محمد لبيب، **دروس في نظرية الالتزام،** 1977م، الناشر: دار النهضة العربية.

الشنقيطي: محمد المختار، **أحكام الجراحة الطبية ،** ط2، 1415هـ-1994م، الناشر: مكتبة الصحابة-جده، ص 524 .

الشوكاني: محمد بن علي بن محمد اليمني، ت:(1250هـ)، **فتح القدير،** 1414هـ، ط1، الناشر:دار الكلم الطيب، بيروت، لبنان، ج2.

أبو شيخة: نادر أحمد، **الاستشارات الإدارية،** ط3، 1431هـ-2010م، الناشر: دار المسيرة، عمان الأردن.

الصاوي: الشيخ أحمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك، على الشرح الصغير للدردير،** ضبط وتصحيح محمد عبد السلام شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج3.

أبو صد، عماد أحمد، **مسؤولية المباشر والمتسبب (دراسة مقارنة بالشريعة الإيلامية والقانون المدني)،** ط1، 2011م/1432هـ، الناشر: دار الثقافة ، عمان- الاردن.

الصنهاجي: الامام شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس، **الذخيرة،** الناشر: دار الغربي الاسلامي، ج12.

ابن ضويان: ابراهيم محمد بن سالم، ت:1353هـ، **منار السبيل في شرح الدليل،**1409هـ- 1989م، المحقق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الاسلامي، ج2.

الطبري: ابو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الآملي، ت:310هـ، **تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن،** ط1، المحقق: احمد محمد الشاكر، الناشر: دار المعارف، القاهرة، ج6.

الطحطاوي، احمد بن محمد، **حاشية الطحطاوي على الدر المختار**، ط1، 1418هـ - 1997م، المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ج4.

الطرابلس، أبو الحسن، علاء الدين علي بن خليل، **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**، الناشر: دار الفكر.

الطوالبة، محمد محمود، **المسؤولية المدنية والجنائية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي** ، رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، عمان.

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ت: 1252هـ، **رد المختار على الدر المختار**، ط2، 1412هـ - 1992م، الناشر: دار الفكر –بيروت، ج2.

ابن عابدين، محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ابن عاشور، محمد الطاهر، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، 1421هـ -2001م، ط2، دار النفائس، عمان-الاردن.

عبداللطيف، أحمد، **جرائم الإهمال في قانون العقوبـات العـسكرية**، 1905م، دار النهضة.

عبد القادر عودة، **التشريح الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي**، ط14، 1998م، بيروت مؤسسة الرسالة، ج1.

ابن العربي، محمد بن عبد الله، المالكي، **أحكام القرآن** ط1،1408هـ - 1988م، الناشر:دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المحقق: محمد عبد القادر عطا، ج1.

علي محمد: علي عبده، **الأخطاء المشتركة وأثرها على المسئولية**، ط1، 2008م، الناشر: دار الفكر الجامعي ، مصر-الاسكندرية.

عودة، عبد القادر، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**. ط6، 1405هـ 1985م ،مؤسسة الرسالة- بيروت، ج1.

العوضي، أحمد عبدالله، **الحقوق السياسة للرعية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالنظام الوضعية**، الناشر: دار رام للتكنولوجيا، مؤتة، 1415هـ -1995م.

الغريب، محمد عيد، **شرح قانون العقوبات-القسم العام-النظرية العامة للجريمة**، دار النهضة، 2000م.

غنام، محمد غنام، **المسئولية الجنائية لمشيد البناء**، 1997م، الناشر: دار النهضة.

غيث: فتحي، **قانون المهندس**، ط1، 1960م، الناشر: دار الحمامي للطباعة-القاهرة-مصر.

أبو فارس: محمد عبد القادر، **الفقه الجنائي في الشرع الاسلامي**،ط1، 1426هـ -2005م، الناشر:دار الفرقان، عمان-الاردن.

الفتاوي الهندي، **للجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي**، الناشر: دار الفكر-بيروت-لبنان، ج5.

ابن فرحون: ابراهيم شمس الدين، **تبصرة الحكام**، 1423هـ/2003، الناشر: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، ج2.

الفوزان، صالح بن فوزان، **اعاده المستفيد بشرح كتاب التوحيد**، ط3، 1423ه/2002م، مؤسسة الرسالة، ج1، ص39.

فوزي، شريف فوزي محمد، **مبادئ التشريع الجنائي**،.ط1، دار الفكر، بيروت - لبنان.

الفيرورز أبادي: محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط** ، ج1.

الفيومي، ابو العباس أحمد بن محمد علي الفيومي، ت:(770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.

قايد، أسامة، **المسئولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)**، ط2، 1990م. جامعة القاهرة.

ابن قدامة: موفق الدين ابو محمد عبدالله بن أحمد المقدسي، **الكافي**، ت:620هـ، ط1، 1417هـ - 1997م، الناشر: عالم الكتب، الرياض، السعودية.

ابن قدامة: موفق الدين المقدسي، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، المحقق: محمد بن عبد الفتاح، الناشر: دار العقيدة، ج2.

ابن قدامة: موفق الدين، **المقنع والشرح الكبير والانصاف،** 1414هـ -1993م، الناشر:دار الفكر. ج9.

ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، ت: (620)، **المغنى،** الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ج14.

ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، ت:620هـ، **المغني على مختصر الخرقي،** ط2، 1424هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت، ، ج5.

ابن قدامة، موفق الدين، **المقنع والشرح الكبير والانصاف،** 1414هـ -1993م، دار الفكر. ج2.

القرافي: شهاب الدين ابو العباس أحمد بن ادريس المالكي، **أنوار البروق في أنواع الفروق،**ط1418هـ -1998م، الناشر، دار الكتب العلمية-بيروت، ج1.

القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ،ت: 671هـ، **الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)،** 1384هـ/ 1964م، المحقق: احمد البردوني وابراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ج6.

قزامل: سيف رجب، **الجنايات في الفقه الإسلامي،** ط1، 1422هـ -2002م، الناشر:مكتبة الاشعاع الفنية، الاسكندريه، مصر.

قشقوش: هدى حامد **المسئولية الجنائية للمهندس والمقاول**,1996م، الناشر: دار النهضة العربية.

قلعجي: قنيبي،محمد رواس، **معجم لغة الفقهاء،** 1405هـ - 1985م ، ط2، الناشر: دار النفائس.

ابن القيم ، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين،** 1411هـ -1991م، ط1،المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ج3.

ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، ت: 751هـ، **زاد المعاد في هدي خير العباد،** 1415هـ /1994م، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله القيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، 1973م، دار الجيل-بيروت-لبنان، ج1.

الكاساني، علاء الدين، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط1، الناشر:مطبعة الجماليه، ج7.

الكاساني، علاء الدينابو بكر بن مسعود الحنفي، ت:587هـ، **بدائع الصنائع**، ط2، 1406هـ-1986م، الناشر: در الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج4.

الكبيسي، سامي جميل،**رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الاباحة**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1426هـ/2005.

ابن كثير: ابو الفداء اسماعيل، **تفسير القران العظيم**، 1420هـ-1999م، ط2، الناشر:دار طيبة للنشر والتوزيع، ج3.

ابن كثير، ابو الفداء اسماعيل، **تفسير القران العظيم**، 1420هـ-1999م، ط2، دار طيبة للنشر والتوزيع، ج3.

الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسني، **الكليات**، ط1، 1412هـ، 1992م، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري. مؤسسة الرسالة.

ابن ماجه، ابي عبد الله محمد بن يزيد أبي عبدالله القزويني،**سنن ابن ماجه**، ت: 275هـ، المحقق: محمد فؤاد عبدالله، الناشر: دار الفكر- بيروت-لبنان.

الماردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، ت:450هـ، **الحاوي الكبير**، ط1، 1419 هـ -1999 م. دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج7.

الماردي، أبو الحسن علي بن محمد، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، ط1،1985م ، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.

مجلة الأحكام العدلية، المؤلف: **لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية** ، المحقق: نجيب هواويني، مادة 103-104.

مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي بجده، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، ج9.

المحاقري: اسماعيل محمد، **الاعفاء عن المسؤلية المدنية في القانون المدني اليمني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية.**
المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ت: 885هـ، **الانصاف**، ط2، دار إحياء التراث العربي، ج6.
مرسي: عبد العظيم عبد الرحيم ، **جرائم الاعتداء على الأشخاص**, 1991م، الناشر: مكتبة كلية القانون, مصر، القاهره.
مسلم، محمد ابن الحجاج، **صحيح مسلم**، الناشر: المكتب الاسلامي-بيروت-لبنان.
أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، **قواطع الأدلة في الأصول**، دار الكتب العلمية، ج2.
المعجم الوسيط، **مجمع اللغة العربية**، ج1.
ابن منظور: جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم بن علي الانصاري الإفريقي، ت: 711هـ، **لسان العرب**، ط3، 1414هـ، ج11، الناشر: دار صادر، بيروت، لبنان.
الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت، ط2، دار السلاسل- الكويت، ج18.
الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، ت: 683هـ، **الاختيار لتعليل المختار**، 1356 هـ - 1937م، الناشر: لحلبي - القاهرة، ج3.
ابن النجار: محمد بن أحمد عبد العزيز، **معونة أولى النهى شرح المنتهى**، ط4، 1428هـ -2007م، الناشر: مكتبة دار البيان، دمشق، ، ج6.
ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، **الأشباه والنظائر على مذهب ابي حنفيه النعمان**، 1419هـ -1999م، المحقق: زكريا عميرات، ج1.
النسائي، احمد بن شعيب النسائي، **السنن بشرح الحافظ السيوطي**،1407هـ 1987م، دار الجيل بيروت-لبنان.
نظام الدين وجماعته: **الفتاوي الهندية**، ط 4، الناشر: دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت -لبنان، ، ج4.

النواوي، عبد الخالق، **التشريع الجنائي**، دار الثقافة، بيروت، لبنان.
النووي، محي الدين او زكريا يحيى بن شرف، ت: 676هـ، **صحيح مسلم**، ط1، 1415هـ-1994م، الناشر دار الحديث القاهرة.
النووي، محي الدين يحي ابو زكريا ، **روضة الطالبين**، 1412هـ/1991م، المكتب الاسلامي، بيروت ، ج10.
النيسابوري، ابو الحسن علي بن احمد بن محمد، **الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، ج1
ابن هشام: أبو محمد عبد الملك بن هشام المعافري، **السيرة النبوية**، 2001م، المحقق: محمد القطب ومحمد بلطه، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ج3.
ابن هشام، أبو محمد عبد الملك بن هشام المعافري، **السيرة النبوية**، 2001م، المحقق: محمد القطب ومحمد بلطه، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ج2.
ابن الهُمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ت:861هـ، **فتح القدير**، الناشر : دار الفكر- بيروت –لبنان، ج3.
ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السكندري، **تكملة فتح القدير على الهداية شرح البداية**، 1423هـ - 2003م، ط1، دار الكتب العلمية، ج8.
أبو يحي: محمد حسن، **القصاص في النفوس في الشريعة الاسلامية**، 1410هـ-1989م، ط1، الناشر: دار عمان، الأردن.
يسن، عبد الرازق حسين، **المسئولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء**, رسالة
الصحاح، عاطف فؤاد، قانون العقوبات العسكرية، 2006م، دار الكتب القانونية.

ملحق الآيات الكريمة

فهرس الآيات				
	طرف الآية	إســـــم السورة	رقم الآيه	الصفحة
1	﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾	هود	88	ب
2	إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ	الآحزاب	72	7
3	وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا	النور	59	14
4	مَن كَفَرَ بِاللّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ	النحل	106	15
5	فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ	البقرة	173	15
6	وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا	الأنعام	164	16
7	وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى	فاطر	18	16
8	وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى	النجم	39	16
9	مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاء فَعَلَيْهَا	فصلت	46	16
10	مَن يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ	النساء	123	16
11	وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا	الإسراء	33	20
12	وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ	الإسراء	31	20
13	قُلْ تَعَالَوْاْ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلاَّ تُشْرِكُواْ بِهِ شَيْئًا	الأنعام	121	20
14	مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا	المائدة	32	20
15	وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ	النساء	93	23
16	وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا	النساء	92	23
17	وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ	الأحزاب	5	33
18	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى	البقرة	/178 179	35

19	وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ	المائدة	45	35
20	وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ	النساء	92	36
21	(والذين عقدت أيمانكم)	النساء	33	43
22	ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان	المائدة	89	43
23	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ	المائدة	1	45
24	وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً	الإسراء	34	48
25	وَأَوفُوا بِعَهدِ اللهِ إِذَا عاهدتُم ولَا تَنقُضُوا الأَيمان	النحل	91	49
26	إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ	النساء	29	51
27	يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ	البقرة	185	53
28	مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ	المائدة	6	53
29	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	الحج	78	53
30	لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب	الحديد	25	54
31	وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ	آل عمران	159	56
32	وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلاَّ رِجَالاً نُّوحِي إِلَيْهِمْ	الأنبياء	7	60
33	وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةً	التوبة	122	60
34	إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى	النحل	90	61
35	وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ	الإسراء	33	62
36	وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ	المائدة	2	66

ملحق الأحاديث النبوية الشريفة

فهرس الآحاديث